

TARTU ÜLIKOOL
FILOSOOFIATEADUSKOND
MAAILMA KEELTE JA KULTUURIDE KOLLEDŽ

**DOKTORIVÄITEKIRJA „ÄRIÜHINGU JUHATUSE LIHKME DELIKTILINE
VASTUTUS ÄRIÜHINGU VÕLAUSALDAJATE EES“ TÕLGE JA
TÕLKEPROBLEEMIDE ANALÜÜS**

Magistritöö

HELERI LOOMANN
JUHENDAJA: LEKT. PIRET RÄÄBUS

TARTU 2015

SISUKORD

KASUTATUD LÜHENDID	4
SISSEJUHATUS	5
1. LÄHTETEKSTIST JA SELLE AUTORIST	7
2. TÕLKETEOREETILISED LÄHTEKOHAD	9
3. SIHTTEKST	12
4. TÕLKEPROBLEEMID.....	66
4.1. Eesti seaduste tõlked ja neist tulenenud probleemsed terminid.....	66
4.1.1. Eesti seaduste tõlked	66
4.1.2. Probleemsed terminid.....	67
4.1.2.1. Kohtu siseveendumus	67
4.1.2.2. Põhjuslik seos	68
4.1.2.3. Võlasuhe	70
4.1.2.4. Kohustus	72
4.1.2.5. Võlausaldaja, võlgnik	75
4.1.2.6. Varamassi vähenemine	77
4.1.2.7. Hoolsuskohustus.....	78
4.2. Saksa (germaani-romaani) õigusest Eesti ja anglo-ameerika õiguse kontekstis ning Saksa õigusest tulenevad probleemsed terminid	80
4.2.1. Saksa (romaani-germaani) õigusest Eesti ja anglo-ameerika õiguse kontekstis	80
4.2.2. Saksa õigusest tulenevad probleemsed terminid.....	81
4.2.2.1. Formaaljuriidiline	81
4.2.2.2. Delikti üldkoosseisu elemendid.....	83
4.2.2.3. Objektiivne teokoosseis	85
4.2.2.4. Õigusdogmaatiline.....	88
4.2.2.5. Absoluutne õigushüve	89
4.2.2.6. Õiguskäive/õiguskäibes	90
4.2.2.7. Kvoodikahju	92
4.2.2.8. Usalduskahju	94
4.2.2.9. Õigusnäivus	96
4.3. Doktoriväitekirja autori poolt etteantud terminitega seotud probleemid.....	98
4.3.1. Juhatuse liige	98
4.3.2. Ettevõtlusvaim.....	100

4.3.3. Alakapitaliseeritus	101
4.4. Muud probleemid.....	102
4.4.1. Isikuliste asesõnade tõlkimine.....	102
4.4.2. Probleemid teksti sisu mõistmisega	104
KOKKUVÕTE	108
KASUTATUD ALLIKAD	111
Kasutatud kirjandus	111
Sõnaraamatud, andmebaasid.....	118
Eesti õigusaktid.....	120
Inglise õigusaktid	121
SUMMARY	122
LISA 1: LÄHTETEKST.....	124

KASUTATUD LÜHENDID

§ – paragrahv

lg – lõige

KarS – karistusseadustik

PankrS – pankrotiseadus

PKS – perekonnaseadus

SISÕR – „Saksa-inglise õigussõnaraamat“ (Wüsterfeld 1991)

TsMS – tsiviilkohtumenetluse seadustik

TsÜS – tsiviilseadustiku üldosa seadus

VÕS – võlaõigusseadus

ÄS – äriseadustik

SISSEJUHATUS

Käesolevas magistritöös tõlkisin eesti keelest inglise keelde Tartu Ülikooli doktorandi Leonid Tolstovi doktoriväitekirja „Äriühingu juhatuse liikme deliktiline vastutus äriühingu võlausaldajate ees“ peatükid 1 kuni 5.1.2 ning lisaks 6. peatüki, milleks oli doktoriväitekirja kokkuvõte. Hoolimata sellest, et magistritöösse pole kaasatud kogu doktoriväitekirja teksti, tõlkisin doktoritöö siiski ära tervikuna, et doktorant saaks selle esitada kaitsmisele.

Valisin magistritöö jaoks eelnimetatud doktoriväitekirja tõlkimise ja tõlkeprobleemide analüüsi, kuna see võimaldas teha töö, millel on suur praktiline väärtus. Soovisin läbi tõlkeprobleemide analüüsi esitada doktorandile parima võimaliku ingliskeelse doktoriväitekirja teksti. Oluline oli doktoritöö inglise keelde tõlkida seetõttu, et artiklid, millel doktoriväitekirja põhineb, on samuti tõlgitud inglise keelde ja avaldatud rahvusvahelise levikuga ajakirjades. Lisaks sellele, et doktoritöö annab soovitusi Eesti õiguse arendamiseks, võimaldab väitekirja inglise keeles avaldamine kasutada seda laiemalt kui vaid Eesti kontekstis ning tööd saavad eeskujuks võtta ka teised riigid oma õiguse arendamisel.

Magistritöö on jaotatud nelja suuremasse osasse. Esimeses osas on kirjeldatud magistritöö aluseks olevat teksti ning selle autorit, et anda lugejale ülevaade, millise tekstiga on tegemist, ning näidata autorit tutvustades, et tegemist on oma valdkonna spetsialistiga ning piisavalt usaldusväärse isikuga, kellega magistritöös analüüsitud Saksa õiguse terminite osas konsulteerida. Teises osas on käsitletud tõlketeoreetilisi aspekte, millest käesoleva magistritöö autor tõlkeprobleemide analüüsil lähtus. Kolmandas osas on ära toodud magistritööks tehtud tõlge ehk sihttekst. Neljandas osas on analüüsitud tõlkimise käigus esile kerkinud tõlkeprobleeme. Tõlkeprobleemid on omakorda jaotatud

eraldi teemadeks: kõigepealt on käsitletud probleeme, mis kerkisid esile Eesti seaduste ingliskeelsetest tõlgetest terminitele sobivaid vasteid otsides; seejärel on välja toodud probleemid seoses terminitega, mis on eesti keelde tulnud Saksa õigusest; kolmandaks on analüüsitud doktoriväitekirja autori poolt etteantud terminite kasutamisega seotud küsimusi ning viimaks on käsitletud veel paari täiendavat tõlkeprobleemi – sugude eristamist ingliskeelses tekstis ning segaste lähteteksti lausete tõlkimisega seonduvat.

Kuna magistritöös tõlgitud Leonid Tolstovi doktoriväitekirja eesti keeles ei ole avaldatud, on magistritöö lisas ära toodud ka magistritöösse lisatud peatükkide eestikeelne tekst. Eestikeelse teksti avaldamiseks andis doktoriväitekirja autor nõusoleku.

1. LÄHTETEKSTIST JA SELLE AUTORIST

Käesolevas magistritöös tõlgitud tekst on Tartu Ülikooli õigusteaduskonna doktorandi Leonid Tolstovi doktoritöö eestikeelne versioon. Nõuded doktoriväitekirjadele on sätestatud Tartu Ülikooli senati 20. detsembri 2013. a määrusega nr 23 ning nimetatud nõuete kohaselt on doktoriväitekirj „iseseisev uurimistöö, milles on esitatud konkreetse teadusliku probleemi argumenteeritud originaalne lahendus ja mille tulemused on avaldatud rahvusvahelises erialases kirjanduses“ (Tartu Ülikooli senat 2013: 2).

Leonid Tolstov on oma doktoriväitekirjas analüüsinud äriühingu juhatuse liikme deliktilise vastutuse erinevaid aspekte Eesti õiguse kontekstis, kasutades võrdluseks Saksa, Inglise ja Hispaania õigust. Doktoriväitekirja põhineb neljal autori kirjutatud ja rahvusvahelise levikuga teadusajakirjades avaldatud artiklil, millest viimased kolm on inglise keelde tõlkinud käesoleva magistritöö autor:

- *Limitation of personal tort liability of a member of the management board of a company – perspective of Estonia.* Artikkel on avaldatud ajakirjas European Business Law Review.
- *Personal liability of a director in the insolvency of a company.* Artikkel on avaldatud ajakirjas International Insolvency Law Review.
- *Personal liability of a director to creditors in the case of thin capitalisation of a company.* Artikkel on avaldatud ajakirjas Juridica International.
- *The company director's liability for untrue statements.* Artikkel on avaldatud ajakirjas Baltic Journal of Law & Politics.

Nimetatud doktoritöö tõlkisin ära kogu ulatuses, kuid magistritöö mahtu arvestades tuli magistritöös esitatava ja analüüsitava teksti hulka vähendada ning seetõttu on magistritöösse lisatud doktoriväitekirja peatükid alates sissejuhatausest kuni alapunktini 5.1.2 (k.a) ning 6. peatükk (kokkuvõte).

Doktoriväitekirja autor Leonid Tolstov on vandeadvokaat ning Advokaadibüroo VARUL partner. Ta on kinnisvara-, ehitus- ja ühinguõiguse asjatundja ning kogenud kohtuadvokaat. Leonid Tolstov on Eesti Advokatuuri liige alates 2000. a ning alates 2013. a on ta Eesti Advokatuuri äriõiguse komisjoni liige ja Rahvusvahelise Advokaatide Assotsiatsiooni (*International Bar Association*) liige. Lisaks ülalnimetatud neljale teaduslikule artiklile on Leonid Tolstov avaldanud mitmeid artikleid (Tolstov 2013c, Varul ja Tolstov 2012, Tolstov 2011) nii Eesti kui ka rahvusvahelistes väljaannetes ning esinenud erinevatel seminaridel*. Lisaks valdab Leonid Tolstov väga heal tasemel saksa keelt, mis on tal võimaldanud uurida põhjalikult Saksamaa õigusakte ja kohtupraktikat ning oma doktoritöös on ta süvenenud ka Inglise ja Hispaania õigusesse, mistõttu võib magistritöö koostamise käigus temalt Saksa ja Inglise (delikti)õiguse kohta saadud infot pidada usaldusväärseks.

* Nt „Äriühingu juhtorganite liikmete õigused, kohustused ja vastutus“, 30.10.2014, Pärnus; „Äriühingute juhtimine – kes siis ikkagi vastutab?“, 13.03.2014, Tallinnas; koolitus Kohtutäiturite ja Pankrotihaldurite Koja liikmetele, 23.-24.05.2013, Tartus.

2. TÖLKETEOREETILISED LÄHTEKOHAD

Seisukoht, et õigustekstide tõlkimine on keeruline ja nõuab tõlkijalt spetsiifilisi teadmisi ja kogemusi, on üldlevinud (Cao 2007: 3). Õigusteksti tõlkija ülesanne on muuta lähtetekst lugejatele arusaadavaks, kuid samal ajal peab ta ka jälgima, et sihttekstis säiliks elementid, mis on omased lähtetekstile ja selles käsitletavale õigussüsteemile (Žraška 2007: 1). Mõistetavalt ei ole see alati lihtne ülesanne, kuna tõlkida on vaja ka mõisteid, mida ehk sihtteksti kultuuriruumis ei tuntagi, ning seetõttu pole ka sihtkeeles olemas termineid nende mõistete tähistamiseks või juhtub, et ühe ja sama terminiga tähistatakse hoopis erinevaid mõisteid (Garzone 2000: 3).

Garzone (*Ibid*: 8) toob välja, et terminiprobleem ongi õigustõlke puhul kõige suurem probleem. Selle probleemi lahendamise käiku näeb Garzone (*Ibid*) järgmisena: kõigepealt „sobrab“ tõlkija oma teadmistes või uurib erinevat kirjandust ja kõrvutab erinevaid tekste, et välja selgitada, millist mõistet mingi termin täpselt tähistab; selle teadmise abil on omakorda võimalik leida sihtkeeles termin, mis põhimõtteliselt tähistab sama mõistet, hoolimata sellest, et õigussüsteemi erinevuste tõttu ei pruugi need olla sisult identsed; seejärel läheneb terminitele semantilisest vaatenurgast ja otsustab, kas erinevused on tõlkimise seisukohalt olulise tähtsusega või mitte.

Eeltoodud Giuliana Garzone seisukohast tulenevalt tundub, et õigustekstide tõlkimisel tuleks lähtuda semantilisest tõlkemeetodist. Semantiline tõlge on üks kahest Newmarki (1982: 22) väljapakutud tõlkemeetodist, mille puhul ei proovita sihttekstiga avaldada lugejale sama mõju nagu avaldaks lähtetekst (kommunikatiivne tõlkemeetod), vaid püütakse võimalikult detailselt edasi anda lähteteksti sisu kontekstist lähtudes (*Ibid*: 39). Ka Newmark (*Ibid*: 47) ise on seisukohal, et erinevalt õiguslikult siduvatest tekstidest, milleks võivad olla nt lepingute, rahvusvaheliste kokkulepete ja patentide tõlked, tuleks

õigustekstid, mille eesmärk on vaid informatsiooni edastada ja mis sihtkeeles ei ole õiguslikult siduvad, tõlkida vaid semantiliselt.

Ka käesolevas magistritöös tõlgitud teksti võib liigitada informatsiooni edastavaks tekstiks, kuna tegemist on teaduslikul eesmärgil kirjutatud tekstiga, mis kuulub informatiivse sisuga õigustekstide kategooriasse (Cao 2007: 11) ning doktoriväitekirja tõlkel ei ole õiguslikku jõudu. Sellest lähtuvalt otsustasin sihttekstis esile kerkivate terminoloogiliste probleemide lahendamisel lähtuda semantilisest tõlkest, üritades erinevaid allikaid kasutades mõista algse termini sisu ning terminite kasutamise kontekste analüüsides leida parim võimalik sihtkeelne vaste.

Minu kasutatud teoreetilist lähtealust võib nimetada ka ekvivalentsuseks ehk samaväärsuseks, mis tähendab sihtkeelsele tekstile samaväärse vaste leidmist lähtekeeles (Catford 1965: 20). Ekvivalentsust võib jagada omakorda kolmeks: ligilähedane ekvivalentsus (*near-equivalence*), osaline ekvivalentsus (*partial equivalence*) ja mitteekvivalentsus (*non-equivalence*) (Šarčević 2000: 238). Nagu hilisemas analüüsis on näha, ei olnud Saksa õigusest pärinevate terminite puhul alati täielikult samasisulist vastet võimalik leida. Siiski ei soovinud ma lähtuda mitteekvivalentsusest ja hakata terminit parafraseerima ehk selle sisu kirjeldama, sest tundsin, et kuna mul puudub vastav õiguslane haridus, ei ole ma pädev seda tegema. Kuna doktoriväitekirjas oli niigi väga palju selgitavaid allmärkusi ja täiendavate tõlkija märkuste lisamine oleks minu arvates lugejat liigselt seganud, ei lahendanud ma probleemi ka allmärkustesse lisatavate selgituste abil, mis õigustekstide tõlgete puhul on väga levinud (Žračka 2007: 3). Selle asemel lisasin ingliskeelse termini juurde sulgudesse algupärase saksakeelse termini, mis peaks aitama lugejal soovi korral ennast romaani-germaani õigusega lähemalt kurssi viia ning vältima tõlkest valesti aru saamist.

Lihtsustamaks tõlkeprobleemidele lahenduse leidmist, kasutasin tõlketeoreetiku Christiane Nordi (1997: 60) soovitusi ning määrasin kindlaks ka tõlke adressaadid, meediumi, mille kaudu tõlget edastatakse, ning teksti loomise ja vastuvõtmise motiivi. Tõlgitud doktoriväitekiri tehakse Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu tasuta kättesaadavaks kõigile huvilistele, kuid kuna tegemist on teadustööga, mis on kirjutatud eesmärgiga aidata kaasa õiguse arengule, loevad seda eelduslikult peamiselt õigusteaduse asjatundjad (nii õigusteoreetikud kui ka -praktikud). Veidi keeruliseks tegi terminite valiku asjaolu, et doktoriväitekiri tuli inglise keelde tõlkida selleks, et see oleks rahvusvaheliselt arusaadav, kuid käsitletav teema keskendub Eesti õiguse arengule, mistõttu peaks see olema kindlasti ka eestikeelsele lugejale mõistetav. Otsustasin lahendada olukorra nii, et võimalusel kasutasin ingliskeelsete vastete leidmiseks Eesti seaduste tõlkeid. Neis mitte esinenud terminite puhul (peamiselt Saksa õigusega seotud) proovisin leida sisult võimalikult sarnast ning üldlevinud ingliskeelset vastet.

Christiane Nordi eelnimetatud soovitustest lähtumine andis kindlust ka ülalmainitud saksakeelse termini sulgudesse lisamisele. Nimelt on doktoriväitekirja lugejad eeldatavasti õiguse valdkonnas tegutsevad isikud, kes on kindlasti kursis erinevate õigussüsteemide olemasoluga ning isegi kui nad ei ole kursis Eesti õigusega, annab saksakeelse termini olemasolu neile teada, millise õigussüsteemi eripäradega väitekirja lugedes arvestada.

Lisaks lähtusin ka põhimõttest, et lähteteksti autoriga konsulteerimine on tõenäoliselt üheks kõige kasulikumaks tegevuseks, mida tõlkija saab teha (Landers 2001: 86). Kõige parema tulemuse annab just näost näkku suhtlus, kuna sel moel tekib autori ja tõlkija vahel isiklik suhe ja usaldus (*Ibid*: 87) ning nad saavad kasutada ajurünnaku metoodikat, et koos parimaid lahendusi leida (*Ibid*: 86). Kuna doktoritöö autor on minu kolleeg, kasutasin võimalust temaga otse suhelda nii terminitele sobivaid vasteid otsides kui ka püüdes segase sõnastusega lausete mõttest aru saada.

3. SIHTTEKST

Im Kampfe sollst du dein Recht finden.

Rudolf von Ihering

1. Introduction

In a perfect world, all parties participating in economic circulation would perform their duties as required and the issue of liability would not come into question at all. However, the reality is far from perfection and many parties often come across situations where an obligated person fails to perform duties at all, performs them only partially or does not perform the duties in due time. Therefore, the question of liability in economic circulation is of central importance. In the case of a legal person, the possible liability of a member of its directing body comes into question in addition to the liability of that legal person. This dissertation covers the tortious liability of the director of a company to the creditors of the company.

By referring to ‘company’, the author refers to limited liability capital companies, primarily private limited companies and public limited companies, which are the most common types of companies.¹

The director is the legal representative of a company (irrespective of whether his/her right of representation is based on sole or joint representation) who runs the company and

¹ In Estonian Commercial Code (Est. *äriseadustik*, hereinafter the “CC”) (State Gazette (Est. *Riigi Teataja*) I, 1995, 26/28, 355) private limited companies have been regulated in sections 135-220 and public limited companies in sections 221-383. Most important Estonian legislation is available in English on <https://www.riigiteataja.ee/en/>

organises its everyday economic activities.² The director directly influences the profit or loss of the company with his/her management decisions, and the protection of investments made by third persons and performance of concluded contracts directly or indirectly depends on the activities of the director. This dissertation covers the tortious liability of the director to the creditors of the company. The possible liability of the director to shareholders is a separate topic not analysed in this dissertation.

As a rule, the director is liable to the company where (s)he is the director only in an internal relationship. When a person is elected as director, the contractual relationship created between that person and the company corresponds to an authorisation agreement the most. By internal relationship, the contractual relationship between the director and the company is meant. In an internal relationship, liability of the director can arise when an authorisation agreement is breached and damage is caused to the company. However, in the case of an external relationship, generally only the company is liable to the creditors and, as a rule, the creditors cannot file claims directly against the director.

Nevertheless, in some exceptional cases, tortious liability of the director to company's creditors is possible in the meaning of section 1043 ff of the Law of Obligations Act.³

The dissertation consists of the current summarising work, which, in turn, is based on the author's four publications:

- “Limitation of personal tort liability of a member of the management board of a company – perspective of Estonia”.⁴ The article has two authors: Leonid Tolstov and Janno Lahe. Leonid Tolstov worked through the majority of source materials on which the article is based and composed the main part of the text.

² Section 34 of Estonian General Part of the Civil Code Act (Est. *tsiviilseadustiku üldosa seadus*, hereinafter the “**GPCCA**”). State Gazette I [2002, 35, 216](#). Section 180 of the CC.

³ Estonian Law of Obligations Act (Est. *võlaõigusseadus*, hereinafter the “**LOA**”). State Gazette I [2001, 81, 487](#).

⁴ *European Business Law Review* (Vol. 24, Issue 2, 2013) 243–259.

- “Personal liability of a director⁵ in the insolvency of a company”.⁶
- “Personal liability of a director to creditors in the case of thin capitalisation of a company”.⁷
- “The liability of a director of a company for untrue statements”.⁸ The article has two authors: Leonid Tolstov and Janno Lahe. Leonid Tolstov worked through the majority of source materials on which the article is based, put in place the structure of the article and composed the main part of the text.

The above articles deal with analysing the main situations in which creditors may have direct claims against the director for compensation for damage caused.

Creditors’ claims against the director may first arise when the director violates any protection provisions provided by law for the protection of creditors. One such provision is subsection 180 (5¹) of the CC (subsection 306 (3¹) of the CC)⁹, which provides that the director is obligated to submit the bankruptcy petition of an insolvent company. An overview of this issue has been given in the article “Limitation of personal tort liability of a member of the management board of a company – perspective of Estonia”. A more thorough analysis has been presented in the article “Personal liability of a director in the insolvency of a company”.

⁵ The articles were written at different times and the author has in the meantime changed the terminology used in the English translations. Estonian *juhatuse liige* is translated in the English version of Estonian Commercial Code as ‘the member of the management board’ – this term has also been used in the translation of the first article written by the author. However, in English legal literature (not related to Estonia) mainly the term ‘director’ (less frequently also ‘officer’ or ‘chief executive officer’) is used when referring to the position which corresponds to the position of the member of the management board. Since the term ‘director’ is more common to the readership of the articles, the author has decided to use that term throughout the following articles to assure better comprehensibility. Therefore, even though the first article and the following articles use different terms to refer to ‘director’, the object of research is still the liability of the same person.

⁶ *International Insolvency Law Review* (Vol. 4, Issue 3, 2013) 268–284.

⁷ *Juridica International* (+++++) +++++

⁸ *Baltic Journal of Law and Politics* (+++++) +++++

⁹ According to the provisions of the referred section, director of a limited liability company is obligated to promptly, but not later than within 20 days after the date on which the company became permanently insolvent, submit the bankruptcy petition to a court. Corresponding obligation of the director of a public limited company derives from subsection 306 (3¹) of the CC.

The author has also studied whether clause 171 (2) 1) of the CC, which provides for the directing body's obligation to call for a general meeting in the case of thin capitalisation of the company, could also be a protection provision on which the director's tortious liability is based.¹⁰ This issue has been analysed in the article "Personal liability of a director to creditors in the case of thin capitalisation of a company".

Additionally, the author has analysed the liability of the director for disclosure of false information. Those issues have been covered in the article "The liability of a director of a company for untrue statements".

¹⁰ For the purposes of this dissertation, thin capitalisation is a situation when the net assets (total assets minus total obligations shown under liabilities on a balance sheet) of the company are less than one-half of the share capital or less than other minimum amount provided by law (clause 171 (2) 1) of the CC for private limited companies; clause 292 (1) 1) of the CC for public limited companies).

2. Actual State of the Field of Research and Position of the Research Problem Within It

On the entire topic of company law, no thorough law books have been published in Estonia to this day.¹¹ Main contributors to the scientific research into company law in Estonia have been Andres Vutt and Margit Vutt, who have published several juridical articles in various Estonian and foreign law journals.¹² Nevertheless, according to information available to the author, they too have not published any research articles that would explicitly have the director's tortious liability to company's creditors as their object of research.

Tortious liability of the director of the company, which is the object of research of this dissertation, has to a limited extent been covered in several dissertations defended at the University of Tartu. Margit Vutt has studied in her dissertation¹³ the possibility of shareholders to file a derivative claim against the director of the company. The shareholder's derivative claim is a compensatory claim against the director which is based on violation of a mandate originally belonging to the company and could, on certain conditions, be enforced by the shareholder in his/her name. Although Estonian law is lacking the possibility of filing shareholders' derivative claims, Margit Vutt finds that it would be grounded to amend Estonian law accordingly and enable filing of shareholders'

¹¹ Some works that resemble the form of handbooks and have a certain practical value have been published; however, a profound legal analysis is still missing. E.g., Paul Varul, Aldo Kaljurand et al, *Äriühingu juhtorganid* [Directing Bodies of Companies] (Äripäeva Kirjastus 2005); Marko Kairjak (ed), *Äriõigus, näidised ja kommentaarid* [Commercial Law, Examples and Commentaries] (Äripäeva Käsiraamat 2013).

¹² E.g., Andres Vutt, Margit Vutt, *Äriühingu osaniku ja aktsionäri teabeõigus Eesti kohtupraktikas* [Company's shareholders' right to information in Estonian judicial practice]. *Juridica*, 9/2012, 709–716; Andres Vutt, Dividend payments and protection of minority shareholders. *Juridica International*, 16/2009, 135–140; Andres Vutt, Margit Vutt, *Ühinemine ja jagunemine Eesti registri- ja kohtupraktika peeglis* [Merger and division as reflected in Estonian registry and judicial practice]. *Juridica*, 3/2009, 173–180; Andres Vutt, Some features of legal capital regulation in Estonia. *European Business Law Review*, 16(6)/2005, 1385–1392; Margit Vutt, *Aktsionäri kahju hüvitamise nõue aktsiaseltsi ja selle juhtorgani liikmete vastu* [Shareholder's compensatory claim against the public limited company and the members of its directing body]. *Juridica*, 2/2012, 90–100; Margit Vutt, Systematics of shareholder remedies – origins and developments. *Juridica International* 2010, 188–198; Margit Vutt, Shareholder's derivative claim – does Estonian company law require modernisation? *Juridica International* 2/2008, 76–85; Margit Vutt, Legal regulation of the board structure of public limited companies in the light of regulatory communication between the European Union and Member States. *Juridica International* 11/2006, 118–128.

¹³ Margit Vutt, *Aktsionäri derivatiivnõue kui õiguskaitsevahend ja ühingujuhtimise abinõu* [Shareholder's Derivative Claim as a Legal Remedy and a Measure of Corporate Governance], dissertation (University of Tartu Press 2011).

derivative claims.¹⁴ The shareholder's derivative claim against the director is substantially different from the object of research of this dissertation since the shareholder's derivative claim is a contractual claim arising from internal relationship, but the author of this dissertation studies tortious liability of the director, i.e., direct liability to creditors based on external relationship. Margit Vutt has indeed touched upon the topic of tortious liability of the director when defining her object of research; however, her dissertation dealt with tortious liability of the director to shareholders, not creditors.¹⁵

Andres Vutt has, among other things, covered in his dissertation¹⁶ issues related to thin capitalisation of companies; however, Andres Vutt has not analysed the particular issue of the liability of the director in the case of thin capitalisation.

Kalev Saare has studied the issue of legal person as the subject of law and distinguished the legal person from other pools of assets such as civil law partnerships, companies being founded, communities of successors, but also from partnerships of persons, such as general and limited partnerships which, according to German and Swiss law, are not considered to be legal persons.¹⁷ Kalev Saare has, among other things, raised the issue of distinguishing legal persons as subjects of law from natural persons acting under the cover and in the interests of legal persons as subjects of law. As one attribute for making the distinction, Saare has used the fact that legal persons can be held personally liable, which, in turn, relates to the liability of members of legal persons' directing bodies both in internal and external relationships. Within that topic, Saare has also briefly covered the issue of liability

¹⁴ Ibid, 197.

¹⁵ Ibid, 33 et seq.

¹⁶ Andres Vutt, *Legal Capital Rules as a Measure for Creditor and Shareholder Protection*, dissertation (University of Tartu Press 2011) 25 et seq.

¹⁷ Kalev Saare, *Eraõigusliku juriidilise isiku õigussubjektsuse piiritlemine* [Determination of Legal Persons in Private Law as Legal Subjects], dissertation, 2004. Available at <http://dspace.utlib.ee/dspace/bitstream/handle/10062/1044/saare.pdf?sequence=5>, accessed 29 January 2014.

of members of directing bodies (including tortious liability) as an exception from independent sole liability of legal persons.¹⁸

In his dissertation, Urmas Volens has studied reliance liability as an independent system of liability.¹⁹ Herewith, studying the liability arising from pre-contractual negotiations, i.e., *culpa in contrahendo* (hereinafter “*c.i.c.*”) liability as one form of manifestation of reliance liability. In some exceptional cases, the director as a legal representative of a negotiating party (the company) may be held liable on the basis of *c.i.c.* for damage caused to the other negotiating party. Since some countries see *c.i.c.* liability as quintessentially tortious,²⁰ the author of this dissertation has also studied the possible liability of the director on the basis of *c.i.c.* and, therefore, certain connection exists between this dissertation and the dissertation of Urmas Volens.²¹

The topic which is the object of research of this dissertation has also been covered in some master’s theses in Estonia.²²

In brief, it may be said that different aspects of the director’s liability have been studied by only a few authors in Estonia so far. In the other countries of comparison, liability of the director has been studied much more profoundly. The topic is relevant in all countries under comparison since the optimum extent of the director’s liability is constantly

¹⁸ Ibid 163 et seq.

¹⁹ Urmas Volens, *Usaldusvastutus kui iseseisev vastutussüsteem ja selle avaldusvormid* [Reliance Liability as an Independent System of Liability and Its Forms], dissertation (University of Tartu Press 2011).

²⁰ As there is no separate basis for a claim for *c.i.c.* in Spanish law, corresponding disputes are resolved based on general regulation of tortious liability (Art. 1902 of Spanish Civil Code (*Código Civil*). Official State Bulletin [*Boletín Oficial del Estado*, *BOE*] BOE-A-1889-4763). Spanish legislation is available at http://noticias.juridicas.com/base_datos/ (in Spanish). For that reason *c.i.c.* liability is seen as tortious in Spain. Judgement of Spanish Supreme Court (STS) of 16 May 1988. Spanish court decisions are available at <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> (in Spanish). Gema Tomás Martínez, *Naturaleza de la Responsabilidad Precontractual (Culpa in Contrahendo) en la Armonización Jurídica Europea*, in *Revista de Derecho (Coquimbo)* (1/2010) 187-210, available at http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532010000100009&script=sci_arttext, accessed 25 March 2014).

²¹ Urmas Volens, *Usaldusvastutus kui iseseisev vastutussüsteem ja selle avaldusvormid* [Reliance Liability as an Independent System of Liability and Its Forms] (University of Tartu Press 2011) 283 et seq.

²² E.g., Maivi Ots, *Äriühingu juhtorgani liikme vastutus äriühingu võlausaldaja ees* [Liability of the Members of the Management Bodies in Relation to the Creditors of the Company], master’s thesis, 2006; Tuuve Tiivel, *Äriühingu juhtorgani liikme kohustused ja vastutus* [Duties and Liability of the Member of the Management Organ of the Company], master’s thesis, 2004.

changing, being dependent on how the economy is doing. For example, it was inevitable that directors had to take more risks and face more failures in their business during the years of economic crisis than during the years of economic growth. This, in turn, means that the issue of the liability of the director is more likely to rise during the years of economic crisis than during the good times. However, it is still evident that stricter liability of the director alone is not a precondition for economic recovery, which is why it is relevant in all countries under comparison to what extent protection of the interests of a single creditor (read: increasing the liability of the director) should be favoured over the economic growth as a whole (read: restricting the liability of the director and through that increasing his/her willingness to engage in enterprise).

The whole subject-matter of the liability of the director is too comprehensive to be covered in a single dissertation. For that reason, the author of this dissertation does not claim to have analysed all aspects of the liability of the director. The dissertation presents a profound analysis of the main aspects of the director's tortious liability, enabling better understanding of the place and reasonable boundaries of the tortious liability of the director in Estonia.

3. Description of Methodology

When writing his dissertation, the author of this dissertation used a combination of different research methods – comparative, qualitative, quantitative methods and modelling.²³

The comparative method has been used as the main research method – the author has analysed the research questions comparatively in Estonian, German, Italian and Spanish law. The author has had good opportunity to search for relevant literature from the libraries of various universities²⁴ and use sources in their original languages.

From the perspective of Estonian law, comparison with German law is the most relevant. Although Dutch, Swiss and Austrian law have been used as examples when developing modern Estonian law of obligations (including tort law), it was German Civil Code (**BGB**) which was used as the main model law for Estonian Law of Obligations Act that entered into force on 1 July 2002.²⁵

In trying to solve the research questions posed, qualitative analysis of relevant Estonian and German legal literature and legislation has been carried out in the dissertation. Validity of theoretical positions has been examined quantitatively on the basis of judicial practice.

In addition to the comparative analysis of Estonian and German law, the author has also used the comparative method by analysing the research questions of the dissertation in English²⁶ and Spanish law. Both England and Spain represent principal legal families with

²³ See more on the referred research methods: Jaan Sootak, *Üliõpilastööde kirjutamise ja vormistamise juhend* [Guide for Writing and Formatting Student Papers] (Tallinn, Juura 2011) 21–22.

²⁴ For the purpose of writing the dissertation, the author has visited the University of Konstanz, the University of Seville, the University of Vienna and the University of Coimbra.

²⁵ German Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch*, hereinafter the “**BGB**”). Federal Law Gazette [*Bundesgesetzblatt*, *BGBI*] I p. 42, 2909, 2003 I p. 738. Information about the model laws used for the development of the LOA: Paul Varul, Irene Kull et al, *Võlaõigusseadus I, Kommenteeritud väljaanne* [Law of Obligations Act I, Commented Edition] (Tallinn, Juura 2006) 2.

²⁶ For clarity, it should be noted that in addition to English law, the United Kingdom distinguishes between the Scots law and Northern Ireland law. The dominant law in the United Kingdom is mainly English law, which can be explained by

long traditions, respectively the Anglo-American legal family and the Romance legal family.

The author has drawn new ideas from the comparison with English law on how to shape judicial practice, e.g., how it would be possible for Estonian courts to apply more discretion in situations where the director has caused damage to the creditors by not filing the bankruptcy petition in due time, but it is not possible to unambiguously determine the size of the damage.²⁷

However, Spanish law has proved to be a fascinating source of comparison due to the profound and long-term economic crisis that hit Spain. Economic problems force countries to pay more attention to the boundaries of the liability of the director and, therefore, in Spanish law, more effort has been put into the development of the director's liability in comparison to other countries, and solutions have been proposed which may be foreign to other countries of comparison, but are of great interest from the point of view of the purpose of this dissertation (e.g., the possible shifting of the liability of the director from the moment of insolvency to the moment of thin capitalisation²⁸).

In order to study English and Spanish law, the author used legislation, local legal literature, articles from scientific journals and also the judicial practice of the respective countries. As English law is greatly based on judicial precedents, large part of English legal literature is directly focused on the analysis of judicial practice and, for that reason, the author himself has not put that much emphasis on studying court decisions. However, in Spanish legal literature the use of comparative method is more dominant and there is much less direct

London's strong hold on the country's economy and capital. For that reason, English law is the most studied and offers the most comprehensive judicial practice.

²⁷ More thorough analysis in section 5.1.1 of the dissertation.

²⁸ More thorough analysis in section 5.2 of the dissertation.

analysis of judicial practice; therefore, the author has studied specific court decisions to a greater extent when analysing Spanish law.

By comparing law and judicial practice in different countries, the author has been able to ascertain various possibilities for filing creditors' tortious claims against the director. At the same time, the author has deliberated the risks related to the implementation of excessively strict liability. As a result of this deliberation, the author has tried to determine the reasonable boundaries of the director's tortious liability and modelled some potential optimum solutions for filing tortious claims against the director.

To a lesser extent, the author has also studied the historical development of certain issues. Unlike in Estonia, issues concerning the liability of the director have been studied and covered in legal practice for a long time in other countries of comparison. With regard to some issues, Estonian judicial practice is in the same place where, for example, German judicial practice was decades ago. Therefore, it was justified to study the historical development of respective countries of comparison additionally and draw parallels relevant to Estonia. For example, with respect to possible *c.i.c.* liability, German judicial practice has gone through a notable development since the 1960's; when at first it was thought that the fact alone that the director is a shareholder is enough to hold the director personally liable, in the course of time the so-called personal economic interest as basis for liability has virtually been reduced to zero. However, in Estonia it was not until 5 June 2013 that the Estonian Supreme Court rendered a decision which, for the first time, referred to personal economic interest as a supplementary condition of *c.i.c.* liability (the issue was, nevertheless, not explored in detail).²⁹ Thus, the historical experience of German judicial practice is definitely relevant for current Estonian practice.

²⁹ More thorough analysis in section 5.3.2 of the dissertation.

4. Posing and Defining the Research Problem

4.1.Posing the Research Problem

During the writing of this dissertation from 2011 to 2014, Europe has constantly been either in clear economic crisis or at least in danger of a crisis, which is why the topics concerning protection of creditors and encouragement of the spirit of entrepreneurship have been especially relevant. Quintessentially, these two topics are controversial – encouragement of the spirit of entrepreneurship presumes, among other things, that entrepreneurs are induced to take larger business risks while larger business risks may often damage the interests of creditors to a greater extent. Therefore, it is important to consider with every solution the interest of creditors to maintain their financial investment on the one hand, and on the other hand, the interest of the director who is using that investment in the business activity to be protected from the attacks of creditors in case (s)he should economically fail.

Pursuant to subsection 31 (5) of Estonian GPCCA, the activities of a body of a legal person (board of directors) are deemed to be the activities of the legal person. Therefore, it must be kept in mind that if a person is held liable as a director on tortious grounds, the company is anyway held liable for the compensation for the same damage.³⁰ Thus, one drastic solution that could be offered is that the board of directors as a body of the company will never be held personally liable on tortious grounds and it will always be the company that will be held liable. However, acting in someone else's name does not exclude tortious liability of the representative, which is why the other extreme would be to always hold the director liable for damage caused to a third person, irrespective of whether the company is held liable or not. Both solutions have their own risks – the first solution

³⁰ The company can be held liable for the director's violation as for its own tort (sections 1043 and 1045 of the LOA).

would indeed encourage the director to take business risks, but it might give rise to the temptation to abuse the company as a corporate shell; in the case of the second solution, however, the director would have nearly no protection at all from the possible array of claims and that might make the director indecisive for (s)he will not have the nerve to take any business decisions.

Based on the above, the purpose of this work is to determine the reasonable boundaries of the director's tortious liability that, on the one hand, would protect the legitimate interests of creditors and, on the other hand, would limit the liability of the director in such a way that the director's spirit of entrepreneurship would not be hindered.

On the basis of the purpose of the work, the author raises a **hypothesis** that in Estonia, tortious liability of the director for damage caused to creditors is too limited.

In order to achieve the purpose of the work, the author will analyse the following research questions:

- Is it grounded to simplify the burden of proof of old creditors upon enforcement of quota loss claims against a director who has violated the duty to file a bankruptcy petition?
- Should the protection purpose of the duty to file the bankruptcy petition also be the compensation for new creditors' reliance loss in addition to the compensation for old creditors' quota loss?
- Is the director's tortious liability to creditors grounded when the director has failed to act in the situation of thin capitalisation of the company, and if so, then on what conditions?

- Is the director's tortious liability to creditors grounded when the director has caused damage by intentionally disclosing untrue statements, and if so, then on what conditions?
- Is the director's direct liability to company's creditors on the basis of *culpa in contrahendo* grounded, and if so, then on what conditions?

4.2. Defining the Topic

4.2.1. The Director of the Company as the Subject Obligated to Compensate for Damage

The concept of a company has been defined in subsection 2 (1) of the CC through a list of different companies. In Estonian law companies are general partnerships, limited partnerships, private limited companies, public limited companies and commercial associations, but also European Economic Interest Groupings³¹ and European companies (*Societas Europaeae*). The common feature of companies is that their economic activities are aimed at making profit. However, the purpose of the activities of an association does not always have to be making profit and in that case, the suitable form would be a non-profit association or foundation. Of course, in practice it cannot be ruled out that a company does not make profit at all or makes losses instead and that a non-profit association makes profit.

³¹ The purpose of the activities of a European Economic Interest Grouping will not be to make profits for itself, but it is, nevertheless, deemed to be a company – see subsection 1 (3) and subsection 2 (2) of the Council Regulation (EEC) No. 2137/85 on the European Economic Interest Grouping Implementation Act.

The author has primarily analysed the liability of directors of private limited companies and public limited companies as those are the most widespread forms of companies.³² Companies corresponding to private limited companies and public limited companies exist in all countries studied within the framework of this dissertation: *Gesellschaft mit bergenzter Haftung* (GmbH) and *Aktiengesellschaft* (AG) in Germany, Private Limited Company (Plc) and Public Limited Company (Ltd) in England and *Sociedad de Responsabilidad Limitada* (Srl) and *Sociedad Anónima* (SA) in Spain. Liability of the director of the private limited company and the public limited company is quintessentially very similar; therefore, for better readability, this dissertation mainly talks about the liability of the director of the private limited company while presuming that the liability of the director of the public limited company follows the same pattern. Other forms of association have not been covered in the dissertation primarily due to their little practical meaning. Since other forms of associations are rare in practice, the number of litigations related to them is small. However, it must be noted that quintessentially there can only be subtle differences in tortious liability of directors of other forms of associations.³³

Pursuant to subsection 180 (1) of the CC, the board of directors is a directing body of the private limited company which represents and manages the private limited company.³⁴ When a person is elected as director, exchange of an offer and acceptance takes place as a result of which a contract, irrespective of its form, is deemed to have been concluded between the company and the director. Out of the main types of contracts established by

³² As at 1 January 2014, ca 93% of the 145,971 companies registered in Estonia were private limited companies. Private limited companies were followed by public limited companies by ca 2.6%. Statistics available at http://www2.rik.ee/rikstatfailid/failid/tabel.php?url=14_01tg.htm, accessed 1 February 2014).

³³ There is, however, a fundamental difference in the liability of partners trusted to manage general partnerships and limited partnerships since, pursuant to subsection 101 (2) of the CC, partners will be solidarily liable for the obligations of the general partnership and limited partnership with all their assets.

³⁴ Corresponding provision on the director of the public limited company is subsection 306 (1) of the CC.

the LOA, it corresponds to the regulation of authorisation agreements (section 619 ff of the LOA) the most.³⁵

In the current dissertation, the author has only studied the liability of the *de jure* director. A person can be deemed to be a *de jure* director if his/her election as director is valid and (s)he has valid powers. However, acting in place or in parallel with the *de jure* director, there can also be a *de facto* director who does not have the powers of the director, but who, in legal relations (German *Rechtsverkehr*), performs duties of the director.

A person can prove to be a *de facto* director because (s)he has been negligent and has forgotten that his/her term of authority has expired.³⁶ However, taking on the position of the *de facto* director may also be a conscious choice, especially if the *de facto* director acts secretly in the background (e.g., the company's actual manager who has appointed his stay-at-home wife director).³⁷

The main criterion on the basis of which a person can be deemed to be the *de facto* director is the permanent and independent performance of the functions of the director.³⁸ This usually takes place when the company does not have directors with valid authority, but someone is still performing the duties of the director in practice. Nevertheless, it is also possible to run a company *de facto* in parallel with the directors appointed to office if those directors are passive in their role or follow the orders of the *de facto* manager without intervention. However, activities of the members of the supervisory board or shareholders who have control over the board of directors and who as the superior body give orders that

³⁵ Judgement of the Supreme Court of Estonia of 9 December 2008 in civil matter No. 3-2-1-103-08. Decisions of the Supreme Court of Estonia are available at www.nc.ee (in Estonian).

³⁶ According to Estonian judicial practice, term of office of the director cannot be deemed renewed merely for the reason that the person continues to act as a director – judgement of the Supreme Court of 8 October 2008 in court case No. 3-2-1-65-08.

³⁷ Fernando Martínez Sanz, *Los administradores responsables*, in Àngel Rojo, Emilio Beltran, Ana Belén Campuzano (eds), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (4th edn, Tirant lo Blanch, España, Valencia 2011) 64–65.

³⁸ Pablo Girgado Perandones, *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, Madrid, Barcelona, 2002) 183.

the board of directors is obligated to follow cannot be considered as the activities of the *de facto* director.³⁹ Provision of professional advisory services to the director or, for example, the activity of one major creditor subjecting the activities of the company to his/her control cannot, as a rule, be deemed to be the activity of the *de facto* director either.⁴⁰

One consequence of acting as a *de facto* director in Estonia is that it may bring about non-contractual liability of the director to a legal person.⁴¹ To third persons, including creditors of the company, such a director may still be held liable on tortious grounds. However, it is important to keep in mind that if a person does not have the legal authority to act as a director in Estonia, (s)he cannot have the statutory duties of the director either. For example, from a formal legal (German *formaljuristisch*) point of view, a person who is not a *de jure* director can neither call the general meeting of shareholders should it prove necessary to do so to resolve issues related to negative shareholders' equity, nor file the debtor's bankruptcy petition when the company has become permanently insolvent. Despite the *prima facie* entitlement (German *Rechtsschein*) that may arise from an incorrect register entry, there is no reason to claim that a person who is not a *de jure* director would have the obligation to observe a protection provision arising from law.⁴²

Therefore, it can be said that, as a rule, the director who is acting *de facto* in Estonia cannot be held liable to third persons on tortious grounds if the potential liability is based on the person's inactivity. For the person to be held liable for damage caused by inactivity, a

³⁹ Fernando Sánchez Calero, Ricardo Alonso García, et al, *Los administradores en las sociedades de capital* (first published 2005, 2nd edn, Thomson 2007) 316.

⁴⁰ Derek French, Stephen W. Mayson, Christopher L. Ryan, *Company Law* (first published 1982, 26th edn, Oxford University Press 2009) 429–430.

⁴¹ In its judgement of 11 June 2008 in court case No. 3-2-1-44-08 the Supreme Court has found that since the Defendant was no longer director of the Plaintiff starting from 23 December 2003 and the Defendant found out about his removal from the board of directors on that same day, he may be held liable on non-contractual grounds for the damage caused to the Plaintiff by transferring 500,000 kroons over to the Employer.

⁴² In exceptional circumstances, it cannot be ruled out that if the director knowingly takes advantage of the situation and fails to file the bankruptcy petition, his/her activities can be considered as being contrary to good morals and (s)he can be held liable for the violation of clause 1045 (1) 8), but not for the violation of a protection provision. See on this: Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Gerhard Wagner et al, *Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht, Besonderer Teil III* (Vol. 5, C.H. Beck, München 2009) 1925.

corresponding protection provision or general duty to maintain safety must arise from law. In the absence of such protection provision or duty to maintain safety, unlawfulness of inactivity, which is a necessary precondition of tortious liability, ceases to exist. As an exception, tortious liability of a director who is acting *de facto* can be affirmed if his/her inactivity could be treated also as causing intentional damage that is contrary to good morals to the interests of a third person.

In addition to the director, there are other persons who could be in a position similar to the position of the director, such as the liquidator, procurator and trustee in bankruptcy.⁴³ In the case of disclosure of untrue statements, the question of tortious liability may arise concerning those persons similarly to the liability of the director. Nevertheless, liability for failure to file the bankruptcy petition cannot become an issue with regard to the procurator and trustee in bankruptcy. It is doubtful whether the question of liability in the case of thin capitalisation of a company could become an issue with regard to the liquidator.⁴⁴

Pursuant to subsection 31 (2) of the CPCCA, the board of directors and the supervisory board are the directing bodies of a company. The competence of the supervisory board significantly differs from that of the director. Unlike the board of directors, the supervisory board neither has the right to independently represent the company nor does it manage the company's everyday activities. For that reason, the issues referred to in the research questions cannot arise with respect to the supervisory board.⁴⁵

⁴³ Pursuant to subsection 209 (1) of the CC, liquidators have the rights and obligations of the board of directors which are not contrary to the nature of liquidation. Pursuant to subsection 16 (1) of the CC, procurator is an authorisation which grants the procurator the right to represent the undertaking in concluding all transactions related to economic activities. Pursuant to subsection 54¹ (3) of Estonian Bankruptcy Act (Est. *pankrotiseadus*, hereinafter the “BA”, State Gazette I, [2003, 17, 95](#)), the trustee in bankruptcy may enter into all transactions and perform all legal acts with the bankruptcy estate of a debtor who is a legal person.

⁴⁴ The work of the liquidator is aimed at liquidating the company, including distributing the assets among the shareholders (subsection 216 (1) of the CC). Therefore, it could be said that the task of the liquidator is to induce the company's thin capitalisation which will result in deletion of the company from the Commercial Register (subsection 218 (1) of the CC).

⁴⁵ Pursuant to law, the supervisory board does not have the obligation to file the bankruptcy petition; the supervisory board does not have any direct obligations in the case of thin capitalisation of the company either. In theory, a member of

In the current dissertation, the author has studied the liability of the *de jure* director of the company. Analysis of the liability of the *de facto* director, liquidator, trustee in bankruptcy, procurator and member of the supervisory board remains outside the scope of this dissertation.

4.2.2. Civil Liability of the Director

Civil liability of the director is a very broad topic that is connected to different fields of law, such as company law, law of obligations (contract and tort law), criminal law and tax law. Therefore, full coverage of all aspects of the liability of the director within a single dissertation is not possible and due to that, the author has limited his research to tortious liability of the director of the company to creditors. In order to define the topic, the author will give a brief overview of civil liability of the director as follows.

What is meant by civil liability of the director is the obligation of the director to compensate for damage. Obligation to compensate for damage may arise from violation of the duties of the director either in an internal or external relationship.

General duties that are based on the director's internal relationship derive from section 35 of the GPCCA pursuant to which, the members of a directing body of a legal person must perform their obligations arising from law or the articles of association with the diligence normally expected from a member of a directing body and must be loyal to the legal person. Same obligations have been listed in the regulation concerning authorisation agreements (section 620 of the LOA).

the supervisory board could be held liable for disclosure of untrue statements; however, since the supervisory board does not have the right to represent the company it cannot, as a rule, happen in practice that, for example, the member of the supervisory board enters into a transaction in the name of the company (it can become an issue if a separate authorisation document has been issued to the member of the supervisory board; however, in that case (s)he will not be performing the usual functions of the supervisory board anymore).

As noted above, internal relationship between the director and the company is based on (authorisation) agreements and, therefore, the liability of the director can, first and foremost, be contractual as well. Section 35 of the GPCCA and section 620 of the LOA define the general contractual duties of the director, the violation of which may bring about liability based on the director's internal relationship. Since general duties of the director only apply to the company to which (s)he is the director, third persons cannot refer to the director's violation of the duty of care with respect to creditors. This is, among other things, supported by subsection 31 (5) of the GPCCA pursuant to which, the activities of a body of a legal person are deemed to be the activities of the legal person. Consequently, the director can, as a rule, only be held liable to the company on contractual grounds, and with respect to third persons, activities of the director are deemed to be the activities of the company.

Pursuant to subsection 37 (2) of the GPCCA, the creditor can indeed file an action against the director; however, in that case the object of claim will be damage caused to the company (not to the creditor) and compensation for that damage can be ordered for the benefit of the company and not the creditor.⁴⁶ In addition, the precondition for filing such a claim is the fact that the assets of the company have not been sufficient to satisfy the claims of the creditor, which means that in practice that kind of claims are generally filed by the trustees in bankruptcy. From the perspective of substantive law, this claim is no different from the company's contractual claim against the director. The difference is mainly procedural, enabling the creditor to file the compensatory claim instead of the

⁴⁶ This basis for a claim is specified in subsections 187 (4) (5) of the CC with regard to the private limited company and in subsections 315 (4) (5) of the CC with regard to the public limited company.

company if, for any reason, the company should refuse to file the claim or delay so doing.⁴⁷

Contractual liability that is based on the director's internal relationship will not be analysed in this dissertation.

However, the above does not mean that the director has no duties whatsoever with respect to third persons. The director must refrain from causing damage to other persons' life, health and assets; the director must perform the duties arising from the protection provisions provided by law and must not cause intentional damage contrary to good morals to third persons. Violation of the said duties may bring about tortious liability of the director to third persons.

What is meant by the director's tortious liability is liability for causing damage to third persons which is not based on contracts. Within the scope of this dissertation the author studied the following cases of the director's tortious liability:

- **Violation of a protection provision.** Pursuant to clause 1045 (1) 7) of the LOA, the causing of damage is unlawful if the damage is caused by behaviour which violates a duty arising from law. In legal literature, the kinds of provisions that stipulate duties have also been called protection provisions.⁴⁸ Criteria for protection provisions have been determined in legal acts and literature only in general. A protection provision must establish the interest that is being protected and the manner in which it is being protected; also, it must be possible to derive a specific receiver of protection from the protection provision itself or from its purpose.⁴⁹

⁴⁷ Maivi Ots, *Äriühingu juhtorgani liikme vastutus äriühingu võlausaldaja ees* [Liability of the Members of the Management Bodies in Relation to the Creditors of the Company], master's thesis, 2006, 44, 75.

⁴⁸ Paul Varul, Irene Kull et al, *Võlaõigusseadus III, Kommenteeritud väljaanne* [Law of Obligations Act III, Commented Edition] (Tallinn, Juura 2009) 650.

⁴⁹ Ingo Drescher, *Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers* (7th edn, Köln, RWS Verlag Kommunikationsforum 2013) 227.

Final assessment on whether the provision is a protection provision or not will be given through judicial practice.⁵⁰ However, since judicial practice concerning protection provisions is constantly changing and developing, it would be complicated to present a full directory of protection provisions in the dissertation⁵¹ and doing that is not the purpose of the dissertation either.

The dissertation analyses one of the main protection provisions laid down for the protection of creditors – first sentence of subsection 180 (5¹) of the CC,⁵² which provides for the obligation of the director of a permanently insolvent company to file the bankruptcy petition. Although the receiver of protection is not directly visible from the referred provision, it has been expressed in the judicial practice that the bankruptcy petition must, above all, be filed to protect the interests of creditors.⁵³

In addition, the author has also studied the probability of tortious liability of the director on the basis of clause 1045 (1) 7) of the LOA in the case of thin capitalisation of the company.

- **Intentional behaviour contrary to good morals.** Pursuant to clause 1045 (1) 8) of the LOA, the causing of damage is unlawful if the damage is caused by intentional behaviour contrary to good morals.

The dissertation covers the possibility of tortious liability of the director for intentional behaviour contrary to good morals primarily in the context of disclosure

⁵⁰ E.g., in its judgement No. 3-1-1-41-11 of 3 June 2011 the Criminal Chamber of the Supreme Court has found that deceiving someone into making ungrounded bank transfers may be unlawful pursuant to clause 1045 (1) 7) of the LOA in co-effect with section 209 (fraud) of Estonian Penal Code (*karistusseadustik*, hereinafter the “PC”, State Gazette I, [2001, 61, 364](#)) as a tortious protection provision. Also, see judgement of the Criminal Chamber of the Supreme Court of 30 November 2009 in court case No. 3-1-1-101-09.

⁵¹ Examples on protection provisions see, for example, from Rolf Stürner, Arndt Teichmann et al, Jauernig *Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar* (15th edn, C.H.Beck 2014) Art. 823, Rn 43-45.

⁵² With regard to public limited company, subsection 306 (3¹) of the CC.

⁵³ Judgement of the Supreme Court of 22 September 2005 in civil matter No. 3-2-1-79-05; judgement of the Supreme Court of 17 December 2009 in civil matter No. 3-2-1-150-09.

of untrue statements. Clause 1045 (1) 8) is a universal provision that is applicable in all cases when the director has behaved intentionally and that behaviour has been contrary to good morals. It is a provision that enables filing a compensatory claim in circumstances where there are no other effective grounds for filing compensatory claims, but the board of directors has intentionally created an unfair situation that is contrary to the beliefs of an honest and fair person.⁵⁴ The author has not thought it necessary to analyse all the situations in which the director could be held liable on tortious grounds for intentional behaviour contrary to good morals – studying the facts of different cases related to the behaviour contrary to good morals has no influence on the nature of liability deriving from clause 1045 (1) 8) of the LOA; furthermore, composing a full directory of all cases related to the behaviour contrary to good morals would not be possible anyway due to the constant development of judicial practice.

- **Culpa in contrahendo**. The author has additionally analysed the liability of the director as the representative of the company for disclosure of untrue statements on the basis of *c.i.c.* It is arguable whether it is a case of contractual or non-contractual (tortious) liability or the so-called reliance liability instead.⁵⁵ The author has not analysed the legal nature of *c.i.c.* liability in the dissertation, but instead the

⁵⁴ This is roughly how it has been tried to define behaviour contrary to good morals in German legal literature (German *Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden*). See Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht, Besonderer Teil III* [Commentary of the Civil Code, Civil Law, Special Part III], 4th edn., Vol. 5, (München: C. H. Beck, 2004), p. 1898.

⁵⁵ In Estonia, this issue has been studied more thoroughly by Urmas Volens in his dissertation (see footnote 19). According to Volens, *c.i.c.* liability should be handled as a separate reliance liability next to contractual and non-contractual liability. In its judgement of 5 June 2013 in civil matter No. 3-2-1-62-13 the Supreme Court has found that section 14 of the LOA that forms the basis of *c.i.c.* gives rise to an obligation between the negotiating parties, and the person that violated the obligation will be held liable on the basis of section 115 of the LOA for non-performance of the duties arising from that obligation. However, the Supreme Court is of the opinion that the duties provided by subsections 14 (1) and (2) of the LOA do not only apply to persons on whose behalf the negotiations are being held, but also to the representatives of those persons. The liability of the person taking part of the negotiations as the representative of the party for non-performance of obligations is, however, not based on section 115 of the LOA, but on section 1043 and clause 1045 (1) 7) of the LOA, i.e., the liability is tortious.

question whether the director can be held liable to third persons on the basis of *c.i.c.*

This dissertation does not cover the liability of the director for causing damage to absolute legal rights (German *absolute Rechtsgut*) on the basis of clauses 1045 (1) 1) 2) of the LOA pursuant to which, the causing of damage is unlawful if the damage is caused by causing the death of the person or causing damage to the health of the person. If the director causes bodily injury to another person, (s)he will be held liable for his/her tort irrespective of his/her official position. In some circumstances, causing damage to a person's life or health may be specifically related to the performance of the official duties of the director. For example, if a director places a company's product on the market knowing that it may cause health damage (is toxic), the question arises: Should the victim, after all, find a protection provision or should (s)he prove that the director behaved intentionally and contrary to good morals in order to hold the director liable? The director who has caused the death of the victim or damage to the health of the victim with his/her active behaviour could be held liable for the reason alone that his/her behaviour has caused the person's death or damage to the person's health.⁵⁶

The issue of possible tortious liability of the director for violation of general duties to maintain safety will not be covered in the dissertation.⁵⁷

⁵⁶ E.g., in Germany the director is held liable to third persons if health damage is caused during careless implementation of decisions that belong to the director's area of responsibility. Gert Brüggemeier, *Common Principles of Tort Law. A Pre-statement of Law* (The British Institute of International and Comparative Law 2004, London) 148. In Spain, the director's tortious liability may also be possible if health damage or death of the person was caused through omission. E.g., tortious liability of the directors of a mining company has been affirmed in judicial practice in a situation where the directors failed to take sufficient precautionary measures to avoid damage when a minor climbed on the territory of an abandoned mine and was hurt when coming into contact with the mining equipment located on the premises. The court noted that the directors had been grossly negligent by leaving the mine unattended, unfenced and without any warning signs. The court was of the opinion that by doing so the directors violated general safety requirements and requirements for the protection of third persons. STS 22.01.2004 (RJ, 2004/207).

⁵⁷ See on this: Iko Nõmm, *Käibekohustuse rikkumisel põhinev deliktiõiguslik vastutus* [Delictual Liability Based on the Violation of the Duty to Maintain Safety], dissertation (University of Tartu 2013) 83, 88.

In the case of tortious liability, it is grounded to talk separately about the preconditions of liability and extent of liability (i.e., amount of the compensatory claim). The dissertation has primarily focused on the preconditions of liability; however, in some cases it has been necessary to pay attention to the extent of the claim as well to cover the issue (in the case of violation of the director's duty to file the bankruptcy petition).

The content of dissertation is limited to the analysis of the director's tortious liability which is why administrative (tax) and criminal liability is not studied. However, it should be briefly noted that the Supreme Court has recognised the possibility of the director's tortious liability in the case of failure to pay tax arrears due to the violation of the director's duty to file the bankruptcy petition (clause 1045 (1) 7) of the LOA and subsection 180 (5¹) of the CC).⁵⁸ The Supreme Court has noted in the referred decision that "subsection 180 (5¹) of the CC has the same effect on both the protection of the claims of creditors of obligations that arise from private law relationships and the protection of the tax claims of the state. Therefore, there is no reason to apply the said provision as a protection provision differently in the case of different claims."

With regard to criminal liability, the author would like to note that criminal liability may intertwine with tortious liability in a situation where the provision that provides the necessary elements of a criminal offence has also been recognised as a protection provision for the protection of creditors for the purposes of clause 1045 (1) 7) of the LOA.⁵⁹

4.2.3. The Creditor of the Company as the Subject Entitled to Compensation for Damage

⁵⁸ Judgement of the Supreme court of 25 February 2013 in civil matter No. 3-2-1-188-12.

⁵⁹ E.g., the Supreme Court has recognised fraud (section 209 of the PC) as a protection provision in its judgement No. 3-1-1-41-11 of 3 June 2011.

This dissertation studies the liability of the director to the creditors of the company. The creditor of the company can be any third person who has a claim against that company. Therefore, the creditor can be a person who has a financial claim which arises from a contract (e.g., a claim arising from a loan agreement, a lease contract or a contract of sale). The creditor can also be a person who has a non-monetary fulfilment claim arising from a contract (e.g., a claim arising from the contract of sale for the delivery of a thing). The creditor can also be a person who has a (compensatory) claim arising from a breach of contract or non-contractual obligation against the company.

Creditors can be both legal and natural persons whereby the legal person can be a legal person in private or public law. For the purposes of this dissertation, legal persons in public law have, however, been considered as creditors only in those cases when that person has a civil claim against the company. As noted above, the compensatory civil claim of legal persons in public law may, for example, also arise from the decrease in the value of a tax claim.⁶⁰

Shareholders can be creditors of the company if they have a claim against the company. For the purposes of the dissertation, investment made into the company's capital will not make shareholders creditors of the company. Pursuant to subsection 157 (4) of the CC, a shareholder has the right to demand payment of a dividend corresponding to his/her share only if it is so prescribed by a resolution of the shareholders.⁶¹

The dissertation has not closely analysed the issue of the director's tortious liability to the shareholders of the company, except in the case where the shareholder is also the creditor of the company. Pursuant to section 32 of the GPCCA, the shareholders or members of a legal person and the members of the directing bodies of a legal person must act in

⁶⁰ Footnote 58.

⁶¹ Corresponding provision on shareholders of public limited companies is subsection 279 (1) of the CC.

accordance with the principle of good faith and consider each other's legitimate interests in their mutual relations. The nature of this legal relationship is disputable (is it a non-contractual, contractual or maybe some in-between quasi-contractual relationship instead)⁶² and worth discussing in a separate dissertation; therefore, this issue is not covered in the current dissertation. For that reason the author will not separately study the liability of the director to the shareholders of the company who are not, at the same time, creditors of the company.

⁶² Paul Varul, Irene Kull et al, *Tsiviilseadustiku üldosa seadus, Kommenteeritud väljaanne* [General Part of the Civil Code Act, Commented Edition] (Tallinn, Juura 2010) 114.

5. Statements Set Forth for Defence

5.1.Obligation of the Director Who Has Violated the Duty to File the Bankruptcy Petition to Compensate for the Damage Caused to Creditors

5.1.1. Compensation for Quota Loss of Old Creditors

Description of the Problem

Pursuant to subsection 180 (5¹) of the CC, the director is obligated to file the bankruptcy petition of the private limited company to a court within twenty days after the date on which permanent insolvency became evident.⁶³ In judicial practice⁶⁴ this provision has been recognised as a protection provision for creditors for the purposes of clause 1045 (1) 7) of the LOA enabling the creditors to file a compensatory tortious claim against the director who has violated the duty provided by that provision.

In the case of creditors whose claims already existed when the company became insolvent (also called ‘old creditors’), the purpose of subsection 180 (5¹) of the CC is to offer protection from damage caused by the decrease in the company’s assets. If the director violates the duty to file the bankruptcy petition, old creditors have the right to file a claim against the director for the compensation for quota loss; in order to calculate the amount of the claim it is necessary to determine the sum in which the respective creditor’s claim would have been satisfied when the bankruptcy petition had been filed in due time, and compare it to the sum that will actually be compensated – the difference between the

⁶³ General provision regarding legal persons on filing the bankruptcy petition derives from section 36 of the GPCCA. Duty of the director of a private limited company to file the bankruptcy petition derives from subsection 180 (5¹) of the CC and similar duty of the director of a public limited company derives from subsection 306 (3¹) of the CC.

⁶⁴ Judgement of the Supreme Court of 6 May 2003 in civil matter No. 3-2-1-45-03.

hypothetical and actual extent of satisfaction of the claim is the quota loss, compensation for which can be claimed from the director.⁶⁵

In order to assess the hypothetical extent of satisfaction of the claim on the basis of which quota loss is calculated, it is necessary to establish two main facts: when did the company become permanently insolvent (the moment when the director was obligated to file the bankruptcy petition depends on that) and what was the exact volume of the assets and obligations of the company at the time when the director's obligation to file the bankruptcy petition arose (the hypothetical extent of satisfaction of the creditor's claim depends on that)?

If keeping of the company's accounts is done correctly during the period that precedes and follows insolvency, it will be rather easy to ascertain the said facts. However, since it is a situation of crisis for the director, it is understandable that organising accounting may not be a priority for him/her at the time; furthermore, often it is the conscious choice of the director to leave accounting unorganised as it may make it more difficult to hold the director liable on civil grounds later on. In addition to unsatisfactory organisation of accounting, in practice also destruction, concealment, misrepresentation and falsification of accounting records (e.g., *ex post* drafting of documents) can take place. What can also make it more difficult to hold the director liable on civil grounds is the violation of obligations provided in sections 85 to 87 of the BA (obligation to provide information, obligation to take an oath and obligation to participate in bankruptcy proceedings) by the director.

Although the director may bear criminal liability for the violation of the duty to organise accounting and the court may impose a fine or compelled attendance or detention on the

⁶⁵ Pursuant to the principle of the hypothesis of difference provided by subsection 127 (1) of the LOA, the purpose of compensation for damage is to place the aggrieved person in a situation as near as possible to that in which the person would have been if the circumstances which are the basis for the compensation obligation had not occurred.

director for violation of the obligations provided by sections 85 to 87 of the BA, those violations have basically no negative effect on the civil liability of the director; on the contrary, when the creditor's evidential position weakens, it reduces the probability of satisfaction of the claim filed against the director as well. This creates a controversial situation in practice as the director who violated the obligation to file the bankruptcy petition is motivated to conceal accounting records because the possibility of being held liable on civil grounds often outweighs the risk of criminal liability.⁶⁶

According to statistics, 58% of bankruptcy matters in Estonia are terminated by abatement without declaration of bankruptcy. In addition to that, 6% of bankruptcy matters are terminated by abatement after declaration of bankruptcy. From the perspective of creditors this means that in the case of abatement, their claims will remain fully unsatisfied. In bankruptcy proceedings that reach the stage of submitting of distribution proposals (i.e., 36% in total), in about 2/3 of the cases, creditors have their claims satisfied by less than 20% of the amount of their defended claims. Only in 9% of the cases have the claims of the creditors been satisfied by more than 50% (above data includes claims secured by a pledge).⁶⁷ There are no grounds to presume that no abuse by the director took place in any of the abatement cases; it would rather be grounded to presume that if creditors' claims are

⁶⁶ E.g., pursuant to section 381¹ of the PC, violation of obligation to maintain accounting is punishable by a pecuniary punishment or up to one year of imprisonment. Pursuant to subsection 44 (1) of the PC, for a criminal offence, the court may impose a pecuniary punishment of 30 to 500 daily rates. Pursuant to subsection 44 (2) of the PC, the minimum daily rate of the pecuniary punishment is 3.20 euros (if the actual income of the convicted offender is higher, the daily rate will be calculated on the basis of the average daily income of the convicted offender). Therefore, on the basis of the minimum daily rate of the pecuniary punishment, the director's pecuniary punishment for violation of the obligation to maintain accounting would be 96 to 1,600 euros. As a rule, violation of the obligation to maintain accounting is not punished by imprisonment, but by a conditional sentence instead. E.g., with its judgement of 14 December 2010 in criminal matter No. 1-10-15520 Harju County Court sentenced only a pecuniary punishment of 759 euros to a convicted offender on the basis of section 381¹ of the PC (court decisions of Estonian courts of first instance and courts of appeal are available at https://www.riigiteataja.ee/kohtuteave/maa_ringkonna_kohtulahendid/main.html (in Estonian)). As the director's civil liability may amount to hundreds of thousands or even millions of euros, it is understandable that (s)he may be tempted to risk with a criminal punishment if that enables him/her to escape civil liability at the same time (due to unprovability).

⁶⁷ Survey on the effectiveness of insolvency proceedings during the period 1 January 2004 to 30 June 2012 ordered by the Government Office of the Republic of Estonia. The survey has been carried out by AS PricewaterhouseCoopers Advisors and is available at <http://www.just.ee/orb.aw/class=file/action=preview/id=58338/Maksej%F5uetuse+menetlemise+t%F5hususe+uuring.pdf>, accessed 27 March 2014.

not satisfied by 100%, the director has probably violated the duty to file the bankruptcy petition on time.⁶⁸

Although in theory the creditor can file a tortious claim against the director when the duty stipulated in subsection 180 (5¹) of the CC has been violated, in practice such actions are often dismissed due to unprovability.⁶⁹ It would even be more accurate to say that since according to the valid judicial practice, plaintiffs' bear a very heavy burden of proof, creditors often waive their right to have recourse to the courts.⁷⁰ Despite the fact that both subsection 127 (6) of the LOA and section 233 of the Code of Civil Procedure (CCP)⁷¹ enable the court to determine the amount of damage according to the conscience of the court by taking account of all facts if the compensatory claims are difficult to prove, valid judicial practice does not support more extensive application of the discretion of the court when it comes to satisfaction of old creditors' quota loss claims.⁷²

Based on the above, it can be stated that old creditors' inability to enforce their tortious claims against the director in the court constitutes a massive problem in economic circulation.

⁶⁸ Directors' frequent malevolent delay in filing bankruptcy petitions has been pointed out in the study carried out by AS PricewaterhouseCoopers Advisors as well. Footnote 67.

⁶⁹ E.g., in its judgement of 28 September 2012 in civil matter No. 2-09-67882 Harju County Court refused to satisfy a tortious claim filed against the director despite the fact that it was evident from the description of the facts and reasons for court judgment that abuse by the board of directors might have taken place. With its judgement of 30 April 2013 Tallinn Circuit Court did not amend the referred judgement of Harju County Court.

⁷⁰ According to the database of court decisions, only three court decisions have been rendered in court cases where creditors have claimed compensation for damage from the director on the basis of subsection 180 (5¹) of the CC and clause 1045 (1) 7) of the LOA during the years 2012 and 2013. Out of those three decisions, claim of a creditor was satisfied by the judgement of Tartu Circuit Court of 20 April 2013 in civil matter No. 2-10-58837. By the judgement of Harju County Court of 23 February 2012 in civil matter No. 2-10-10257 and of 28 September 2012 in civil matter No. 2-09-67882, creditors' claims were left unsatisfied due to unprovability.

⁷¹ Code of Civil Procedure (Est. *tsiviilkohtumenetluse seadustik*. State Gazette I, [2005, 26, 197](#)).

⁷² Parties often dispute over damage and even if sufficient amount of evidence on the extent of damage has been submitted with the court, the court always proceeds from its own conscience to some extent and, therefore, making a separate reference to section 233 of the CCP is not always necessary. However, the dissertation refers to a situation where there is no evidence on the damage caused or the evidence is clearly insufficient. At the same time, however, other circumstances indicate that damage has indeed been caused. The author of the dissertation has not found any court decisions from the database of court decisions in which the court has directly proceeded from subsection 127 (6) of the LOA and/or section 233 of the CCP when determining the extent of quota loss.

Statement set forth for defence

Enforcement of quota loss claims is too complicated in Estonia due to plaintiffs' heavy burden of proof; therefore, to simplify the situation of plaintiffs, reversing the burden of proof or giving more discretion to courts on certain conditions should be considered.

Reasoning

In valid law, application of greater discretion of the courts is enabled by subsection 127 (6) of the LOA, which stipulates that if damage is established, but the exact extent of the damage cannot be established, including in the event of non-patrimonial damage or future damage, the amount of compensation must be determined by the court. As is visible from the wording of the provision, the provision is, above all, applicable to non-patrimonial and future damage. It could be presumed that in other cases (including in the establishment of quota loss) application of subsection 127 (6) of the LOA is more likely only when exceptional circumstances occur. If it is debatable whether damage has been caused, application of subsection 127 (6) of the LOA is also out of the question.

In addition, it is provided for in subsection 233 (1) of the CCP that the court decides on the amount of damage according to the conscience of the court and taking account of all facts if causing of damage has been established in a proceeding, but the exact amount of the damage cannot be established or establishment thereof would involve major difficulties or unreasonably high costs, including if the damage is non-patrimonial. Even though the wording of subsection 233 (1) of the CCP is different from the wording of subsection 127

(6) of the LOA, a position has been taken in literature that it is a duplicate provision which has no additional qualitative effect.⁷³

As noted above, based on information available to the author, Estonian courts have not applied subsection 127 (6) of the LOA and section 233 of the CCP in disputes concerning old creditors' quota loss and failure to prove the existence of quota loss has resulted in dismissal of the respective creditors' claims against the director. As far as the author is aware, Estonian courts have not applied the rules of reversal of the burden of proof related to the concealment or destruction of evidence either in the referred situation.⁷⁴ This creates an unfair situation where the director cannot be held liable on civil grounds when (s)he has left accounting unorganised to a substantial extent.

Therefore, the author is of the opinion that it would be important to seek solutions which would make it easier to file claims for the compensation of quota loss against the director who has violated the duty to file the bankruptcy petition and, thereby, protect the interests of creditors to a larger extent.

Out of the countries of comparison, in Germany liability of the director for quota loss (German *Quotenschaden*) is, in general terms, regulated similarly to Estonia. If the obligation to file the bankruptcy petition is violated, it is possible to file a tortious compensatory claim against the director on the basis of Article 15a (1) of German Insolvency Act (**InsO**)⁷⁵ and Article 823 (2) of the BGB; the amount of the claim will be calculated on the basis of the hypothesis of difference.⁷⁶ Unlike in Estonia, this claim

⁷³ Paul Varul, Irene Kull et al, *Võlaõiguseadus I, Kommenteeritud väljaanne* [Law of Obligations Act I, Commented Edition] (Tallinn, Juura 2006) 448.

⁷⁴ Pursuant to sections 283 and 284 of the CCP, if the defendant refuses to submit the required (accounting) document or has removed the document or rendered it unusable, the court may deem the statements of the plaintiff concerning the nature and content of the document to be proven. Due to **lack of corresponding judicial practice** in Estonia, it is not known if and how those provisions could be applied in cases concerning tortious liability of the director for the concealment of accounting records as a whole, also whether the said provisions could similarly be applied if instead of concealment or elimination of documents accounts have not been kept at all.

⁷⁵ German Bankruptcy Act (*Insolvenzordnung*, Federal Law Gazette I p. 2866).

⁷⁶ Daniel Möritz, *Haftung des Managements und Drittschutz* (Nomos 2011) 121 et seq.

cannot be filed directly by the creditors; instead the trustee in bankruptcy files the corresponding claim against the director. Only when the bankruptcy proceedings are terminated, including in the event of abatement, may the creditors file an action directly against the director.⁷⁷ Due to that, there are some procedural differences when compared to Estonian law. When in Estonia one specific creditor claims compensation for quota loss caused to him/her, in Germany the trustee in bankruptcy claims compensation for quota loss caused to all creditors.

Differently from Estonia, Germany has a rather wide judicial practice in cases concerning the obstruction of the obtaining of evidence. If a person destroys or conceals evidence, making it impossible for the other party to prove certain facts, then depending on the circumstances, the burden of proof of the other party may be simplified or even reversed in German court proceedings.⁷⁸ Thus, it has been repeatedly recognised in German judicial practice that if the director has violated the statutory requirements of organising and maintaining accounting, making it difficult to prove the facts that form the basis of the action, prerequisites of insolvency may be deemed as proved.⁷⁹ However, the author is not aware of any usage of the reversal of the burden of proof with respect to the amount of old creditors' quota loss by German courts; therefore, quota loss cases are rarely successful in Germany.⁸⁰ It seems also that concentration of claims into the hands of the trustee does not give better results when compared to the possibility of each creditor enforcing the claim independently. The trustee is not motivated to commence an additional court action and creditors are not interested in financing proceedings (if there are no funds in the bankruptcy estate) from the outcome of which they may only hope to get a fraction of the possible compensation.

⁷⁷ Felix Steffek, *Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft* (Mohr Siebeck 2011) 445–446.

⁷⁸ BGH 23 November 2005, [NJW 2006, 434](#), 436.

⁷⁹ BGH 12 March 2007, [ZIP 2007, 1060](#); BGH 24 January 2012, ZIP 2012, 723. Both court judgements are concerned with new creditors' claims against the director who has violated the duty to file the bankruptcy petition.

⁸⁰ Felix Steffek, *Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft* (Mohr Siebeck 2011) 538–539.

However, in England and Spain the courts have much more discretion in determining the amount of damage. Pursuant to Article 214 of English Insolvency Act 1986 (**IA 1986**), in a case of wrongful trading the court may declare that the director is to be liable to make such contribution (if any) to the company's assets as the court thinks proper. However, despite the broad wording of the provision, it is not considered to be unlimited and penal liability. The purpose of the discretion of courts is to overcome potential problems concerning the amount of damage and ascertaining of causation more easily and to avoid rendering unfair decisions.⁸¹ It enables the courts of England, differently from Estonia and Germany, to take into account other facts, such as unsatisfactory organisation of accounting, more freely when determining the amount of damage.⁸²

Although English courts have more discretion, cases concerning the director's compensatory claims are quite rare in English law as well. In addition to the difficulties related to the financing of proceedings, which most likely causes problems in all countries of comparison, it is complicated in English law to define the starting point of the director's liability.⁸³ Differently from Estonian and German law, in English law the director does not have an explicit duty to file the bankruptcy petition; however, pursuant to Article 214 of the IA 1986, the court may order compensation from the director if damage has been caused some time before the commencement of winding up of the company, when the director knew or ought to have concluded that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation. To a large extent this is related to foreseeing of procedural consequences by the director (the director had to know that there was no reasonable prospect to avoid the insolvent liquidation) and in practice the courts have ascertained the arrival of the so-called moment of truth a while after the company has

⁸¹ Roy Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law* (4th edn., 1st edn. published 1990, Sweet&Maxwell 2011) 680–681.

⁸² *Re Purpoint Ltd* [1991] BCLC 491.

⁸³ Ian F. Fletcher, *The Law of Insolvency* (3rd edn, Sweet&Maxwell 2002) 711–712.

become permanently insolvent.⁸⁴ Therefore, in the comparable situation, the director of an English company may enter the zone of liability later than the director of a German (or Estonian) company, which also means that the probability that the director of the English company is held personally liable is lower than in the case of the director of the German (or Estonian) company.⁸⁵

It seems that out of the countries of comparison filing of a compensatory claim against the director who has violated the duty to file the bankruptcy petition is the easiest in Spain. Pursuant to Article 5 of Spanish Bankruptcy Act (LC)⁸⁶, the director in Spain has, similarly to Estonian and German law, the duty to file the bankruptcy petition to have the bankruptcy of an insolvent company declared.⁸⁷ It is presumed that violation of the duty to file the bankruptcy petition forms the basis of a wrongful bankruptcy (in Spain *concurso culpable*). In the case of wrongful bankruptcy, pursuant to Article 172bis (1), the court may order partial or full compensation for the deficit of the bankruptcy estate from the director who violated his/her duty in proportion with how much the respective violation deepened the company's insolvency. The purpose of the broad wording of the provision is to provide the courts with free discretion in situations when determination of damage is complicated.⁸⁸ As violation of the reporting obligation may also be one of the bases of wrongful bankruptcy, the court may, among other things, take into account the unsatisfactory organisation of accounting as well when determining the amount of compensation.⁸⁹

⁸⁴ Felix Steffek, *Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft* (Mohr Siebeck 2011) 354 et seq, 551.

⁸⁵ Thomas Bachner, Wrongful Trading Before the English High Court in *European Business Organisation Law Review* (Issue 5, 2004) 199; Felix Steffek, *Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft* (Mohr Siebeck 2011) 461 et seq.

⁸⁶ Spanish Bankruptcy Act (*Ley Concursal*, Official State Bulletin [*Boletín Oficial del Estado*], [BOE-A-2003-13813](#)).

⁸⁷ When in Germany and Estonia the director has respectively 21 and 20 days to file the bankruptcy petition then in Spain the term is two months.

⁸⁸ Fernando Marín de la Bárcena, *La Acción Individual de Responsabilidad Frente los Administradores de Sociedades de Capital* (Art. 135 LSA) (Marcial Pons 2005) 375 et seq.

⁸⁹ Art. 164(2) of the LC.

Based on the above, the author finds that the main problem concerning the enforcement of quota loss claims is the plaintiffs' heavy burden of proof. In disputes over quota loss, the plaintiff is required to submit evidence on circumstances that are fully in the sphere of influence of the director (i.e., the defendant) and which the director can very easily manipulate to serve his/her own best interests.

The author is of the opinion that relieving of creditors' burden of proof should be considered in Estonia and suggests two alternative possibilities for doing that:

- **Giving more discretion to courts.** Providing the courts with more discretion in determining quota loss as is done in English and Spanish law could be considered in Estonia as well. Both English and Spanish sources have referred to the possibility of courts taking into account the violation of the reporting obligation by the board of directors. Estonian courts could also take into account the violation of the reporting obligation as a circumstance which would enable determination of the amount of compensation for damage according to the conscience and at the discretion of the court. In addition to the violation of the reporting obligation, violation of the obligation to cooperate (sections 85 to 87 of the BA) during the bankruptcy proceedings may likewise damage the plaintiff's evidential position.

In order to provide the courts with more discretion, amendment of subsection 233 (1) of the CCP as follows could be considered (text added to the wording in force is underlined):

The court decides on the amount of damage according to the conscience of the court and taking account of all facts if causing of damage has been established in a proceeding but the exact amount of the damage cannot be established or establishment thereof is complicated as a result of the

violator having violated the obligation to provide information, the reporting obligation or any other obligation to cooperate provided by law, or would involve major difficulties or unreasonably high costs, including if the damage is non-patrimonial.

The author would like to emphasise that the violation of the reporting obligation alone cannot automatically form a basis for the director's tortious liability. It is important to also keep in mind the conditions stipulated in subsection 233 (1) of the CCP – conscience of the court and taking account of all facts. If the courts satisfied quota loss claims solely based on the fact that the director just happened to violate some accounting requirements, it could make the liability of the director sanctional, making it possible that the ordered compensation for damage has no relations whatsoever to the violation of the director. Therefore, in addition to the fact that the reporting obligation has been violated, the court must have a conviction based on evidence taken and other facts in aggregate that it is highly probable that damage has been caused by violation of the duty to file the bankruptcy petition, but proving it will be complicated since the director has also violated the reporting obligation.

- **Reversal of the burden of proof.** Pursuant to valid law, the plaintiff is required to prove the facts on which his/her claim is based.⁹⁰ Therefore, the injured party is required to prove physical elements of the offence (German *objektiver Tatbestand*) and unlawfulness of violation. Pursuant to subsection 1050 (1) of the LOA, the tortfeasor is only required to prove the lack of his/her culpability. With regard to quota loss claims, reversal of the above-mentioned burden of proof similarly to subsection 8 (2) and sections 283 and 284 of the CCP could be considered in such a

⁹⁰ Subsection 230 (1) of the CCP.

way that if it is probable⁹¹ that the defendant has violated the duty to file the bankruptcy petition and with that damage to creditors might have occurred, but proving those facts has been rendered significantly more difficult due to the defendant's own violation of the reporting obligation, it is presumed that the defendant has both violated the duty to file the bankruptcy petition and, with that violation, caused damage to the extent of the deficit of the bankruptcy estate. The defendant may, in turn, prove that the duty to file the bankruptcy petition has not been violated or no damage has been caused with that violation.

In both cases – when providing the courts with more discretion and when reversing the burden of proof – the director's possible tortious liability is related to the violation of the reporting obligation by the director. It is something that is in the sphere of influence of the director and can easily be influenced by the director – the director is able to manage the risks related to his/her liability by simply properly performing the reporting obligation. Even if the reporting obligation has been violated, but the director has not caused damage, the director is still able to prove that no damage has been caused (it is still possible for the director to prove the lack of damage when the courts are provided with more discretion).

5.1.2. Compensation for Reliance Loss of New Creditors

Description of the problem

The first time the Supreme Court recognised subsection 180 (5¹) of the CC as a protection provision for creditors was in one of its judgements in 2003.⁹² Still, for a long time, no thorough analysis could be found from Estonian judicial practice on the protection purpose

⁹¹ Although assessment of probability in legal disputes is always subjective to a certain extent, in the given case, according to the assessment of the court, the probability should be more than 50%. In other words, the probability that the director has caused damage should be higher than the probability that the director has not caused damage.

⁹² Footnote 64.

of subsection 180 (5¹) of the CC, i.e., from what kind of damage the corresponding provision should protect the creditors. Thus, for example, the Supreme Court has noted in its judgement of 2009,⁹³ “If a Circuit Court establishes that the defendant has violated the duty to file the bankruptcy petition, it must be assessed whether it has been proven that this violation has caused damage to the plaintiff.” However, the instructions of the Supreme Court were unclear about what kind of damage was meant. For that reason, the practice of lower courts has been inconsistent. For example, in its judgement of 1 February 2008⁹⁴ Tallinn Circuit Court ordered payment of the creditor’s entire claim that had been filed against the company from the director for delaying with the filing of the bankruptcy petition. It was basically a sanctional compensation since, when rendering the judgement, the court did not establish the moment of insolvency, the exact amount of damage or causation.

With regard to a debtor company, there is reason to define its activities before and after the occurrence of permanent insolvency. Before the occurrence of insolvency, the company operates in usual economic environment⁹⁵ by assuming obligations and receiving rights in return. The other party to the transaction bears the accompanying usual business risk that his/her business partner may become bankrupt sometime in the future. Yet in most cases it will be safe to assume that the business partner will not become insolvent in the near future. However, if the debtor has already become permanently insolvent, the situation changes fundamentally since the business partner joining in obligation with the debtor bears a considerable risk from the start that his/her claims against the debtor will not be satisfied.

⁹³ Judgement of the Supreme Court of 17 December 2009 in civil matter No. 3-2-1-150-09.

⁹⁴ Judgement of Tallinn Circuit Court of 1 February 2008 in civil matter No. 2-04-1744.

⁹⁵ A separate question could be raised about the meaning of the so-called twilight zone when the company has clearly entered the hazard zone. Find out more from the next section.

Therefore, it is justified to ask whether there would be reason to treat the creditors joining in the obligation after the occurrence of the debtor's insolvency differently from the creditors joining in the obligation before the occurrence of the debtor's insolvency. The answer to this question should be sought from the protection purpose of subsection 180 (5¹) of the CC – is the sole purpose of this provision to protect the creditors from the decrease in the debtor's assets or should the provision also prevent the arising of new obligations?

Statement set forth for defence

Based on the two separate protection purposes of subsection 180 (5¹) of the CC, Estonian courts should clearly distinguish between old and new creditors. Differently from the quota loss of old creditors, in the case of new creditors, new creditors' reliance loss should be ordered from the director who has violated his/her duties.

Reasoning

As noted above, the purpose of subsection 180 (5¹) of the CC is to protect the interests of creditors.⁹⁶ Protection of the interests of creditors lies in the fact that if the director files the bankruptcy petition on time, control over the debtor's economic activities will go to the trustee in bankruptcy who is, pursuant to subsection 55 (1) of the BA, obligated to defend the rights and interests of all the creditors and of the debtor and ensure a lawful, prompt and financially reasonable bankruptcy procedure. Pursuant to subsection 1 (3) of the BA, the company is insolvent if the assets of the company are insufficient for covering the

⁹⁶ Footnote 64.

obligations thereof and, due to the debtor's financial situation, such insufficiency is not temporary.⁹⁷ Therefore, theoretically speaking, if the company's obligations exceed its assets by one euro, the director should already file the bankruptcy petition.⁹⁸ In that kind of a situation creditors' claims would be satisfied almost to a full extent. However, the above statistics⁹⁹ prove on the contrary that most bankruptcy proceedings end in abatement, i.e., the extent of satisfaction of creditors' claims is zero. Based on that, it can be claimed that the majority of directors fail to file the bankruptcy petition on time and keep the company in operation until it is without any assets. Therefore, the purpose of subsection 180 (5¹) of the CC is to protect creditors from the decrease in the debtor's assets. However, if the duty to file the bankruptcy petition is violated, the creditors are entitled to claim compensation for quota loss to the extent in which the company's assets decreased as a result of the director violating the obligation.

An important question in this section is whether in addition to maintaining the company's assets, subsection 180 (5¹) of the CC may have another protection purpose – to prohibit joining in new obligations with insolvent debtors. Pursuant to clauses 35 (1) 2) and 4) of the BA, the right to administer the debtor's assets is transferred, by declaration of bankruptcy, to the trustee and the company is deprived of the right to enter into any transactions.¹⁰⁰ Although the bankruptcy of the company itself does not preclude that the trustee will conclude new contracts, such new creditors will have an advantage over the other creditors.¹⁰¹ However, if the director continues to operate the insolvent company,

⁹⁷ Pursuant to subsection 1 (2) of the BA, insolvency may also be related to the cash-flow, i.e., if the debtor is unable to satisfy the claims of the creditors and such inability is not temporary. The company is deemed to be permanently insolvent if the company is either in balance sheet insolvency (subsection 1 (3) of the BA) or cash-flow insolvency (subsection 1 (2) of the BA).

⁹⁸ Presumed that such negative capital is not temporary.

⁹⁹ Footnote 67.

¹⁰⁰ Pursuant to section 18 of the BA, the court may apply measures for securing bankruptcy petitions already when deciding on the appointment of an interim trustee and prohibit the director from entering into transactions without the consent of the interim trustee.

¹⁰¹ Based on section 148 of the BA, it is a consolidated obligation, the performance of which will have priority pursuant to section 146 of the BA.

new creditors will be in a complicated situation where it will be obvious already during the conclusion of the contract that satisfaction of their claims will not be very likely; later on in the bankruptcy proceedings they will be treated on even terms with the other creditors. Therefore, there is reason to claim that the purpose of subsection 180 (5¹) of the CC is to prevent the arising of future obligations through the bankruptcy of the debtor company.

Unlike old creditors' quota loss, with regard to new creditors, damage that was caused as a result of abuse of their trust should be discussed. Both compensation for quota loss and reliance loss is based on checking the existence of causation; however, the important difference is with regard to what causation is checked. In the case of old creditors, it is checked on the level of causation whether the delay in filing the bankruptcy petition has caused the bankruptcy estate to decrease. In the case of new creditors, however, the size of the estate is not that important and it is checked on the level of causation whether the contract would have been concluded at all if the director had performed his/her duties as required. This kind of distinction is a result of different views on the protection purpose of the provision – with regard to old creditors, the purpose of the protection provision is to avoid the decrease in assets and through that offer protection to the existing creditors; however, with regard to new creditors, the protection purpose of the provision is to put a stop to entering into new contractual relationships with an insolvent company. However, if no clear legal dogmatic (German *rechtsdogmatisch*) distinction has been made in judicial practice between the old and new creditors, giving proper meaning to the protection purpose of the provision will probably be complicated as well, which, in turn, may lead to mistakes in the application of causation.

The Supreme Court rendered a decision on 25 February 2013 in which it, for the first time, clearly distinguished between the two protection purposes of subsection 180 (5¹) of the

CC.¹⁰² The Supreme Court has noted the following in the said decision, “subsection 180 (5¹) of the CC protects the creditors of the company from two kinds of damage. First, filing of the bankruptcy petition on time must ensure that the company’s assets are maintained to as large as extent as possible and through that the claims of creditors are satisfied to as large extent as possible. Second, filing of the bankruptcy petition on time must ensure that a company which is basically insolvent would not continue to participate in economic activities from which obligations may arise which the company is not able to perform.”

Considering the inconsistent practice of Estonian lower courts so far, the Supreme Court could, nevertheless, have explained the respective issue more thoroughly. Based on the referred decision of the Supreme Court, it may still remain unclear which creditor can claim compensation for which damage. For example, it is not evident from the decision of the Supreme Court, for which damage the creditor may claim compensation if the transaction has been entered into prior to the occurrence of insolvency, but the debt has incurred after the occurrence of insolvency, or even if the debt has incurred prior to the occurrence of insolvency, but it has been refinanced after the occurrence of insolvency? It remains unclear whether, as reliance loss, one may request compensation for claims arising from both contractual and non-contractual obligations, or whether it applies only to contractual obligations. The decision of the Supreme Court also does not provide an answer to the question what happens if the new creditor was aware of the insolvency of the debtor when concluding the contract.

In Germany, it has been recognised that the duty to file the bankruptcy petition serves two protection purposes: first, it must ensure that the decrease in the assets of the company is avoided and protect from a decrease in the extent to which the claims of the creditors whose claims existed prior to the occurrence of insolvency are satisfied (so-called

¹⁰² Judgement of the Supreme court of 25 February 2013 in civil matter No. 3-2-1-188-12.

protection of old creditors);¹⁰³ second, filing of the bankruptcy petition on time must prevent the participation of an insolvent company in economic activities and, through that, avoid the arising of new obligations (so-called protection of new creditors).¹⁰⁴ Differently from old creditors, determination of quota loss of new creditors is not necessary since what is being protected is new creditors' reliance loss instead – damage that was caused because the new creditor entered into a transaction with an insolvent company (the entire negative damage of the new creditor is to be compensated).¹⁰⁵

In German judicial practice, new creditors' reliance loss claims are only restricted by requirements arising from contractual relationships, such as, granting of loans or making prepayments, since the purpose of the protection provision is to prevent conclusion of new contracts.¹⁰⁶ However, if the new creditor has a contractual claim against a company, it is much easier to enforce the claim against the director as a reliance loss than as a quota loss because there is no need to prove how quota loss was caused and the entire negative damage, i.e., direct damage that was caused to the creditor as a result of the conclusion of the contract, will be compensated.¹⁰⁷ Unlike the old creditors' quota loss claims, new creditors may enforce their reliance loss claims directly (i.e., without the mediation of the trustee).¹⁰⁸ As enforcement of the claims of new creditors is easier from the evidential point of view and new creditors may have their claims satisfied to a larger extent than the old creditors, new creditors' reliance loss cases prevail in German judicial practice.¹⁰⁹

¹⁰³ Daniel Möritz, *Haftung des Managements und Drittschutz* (Nomos 2011) 121 et seq.

¹⁰⁴ Michael Hoffmann-Becking, Achim Herfs et al, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Aktiengesellschaft* (Vol. 4, 2nd edn, C.H.Beck 1999) 290.

¹⁰⁵ Wilhelm Uhlenbruck, Heribert Hirte, *Insolvenzordnung, Kommentar* (13th edn, Verlag Franz Vahlen 2010) 312

¹⁰⁶ BGH 8.3.1999, ZIP 1999 p 967.

¹⁰⁷ E.g., objective value of sold goods could be compensated as a negative damage, but not the loss of income due to the seller's markup. Ingo Drescher, *Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers* (7th edn, Köln, RWS Verlag Kommunikationsforum 2013) 244–245.

¹⁰⁸ Felix Steffek, *Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft* (Mohr Siebeck 2011) 445–446.

¹⁰⁹ *Ibid*, 468.

Differently from German law, English law prefers equal treatment of creditors and there is no clear distinction between the old and new creditors. Although it is, in principle, possible for courts to take into consideration the abuse of new creditors' interests when determining the amount of compensation, it will not influence the distribution ratio paid to the new creditor since, according to English courts, the purpose of section 214 of the IA 1986 is to compensate damage to creditors as a whole and claims of new creditors should not be preferred to the claims of old creditors.¹¹⁰

In Spanish legal literature, ambivalent opinions have been expressed concerning the position of new creditors. Pursuant to Article 172bis (3) of the LC, amounts ordered from the director are received in the bankruptcy estate and distinguishing between old and new creditors is not possible when making payments. However, in literature, the distinction between old and new creditors has been made¹¹¹ and filing of new creditors' reliance loss claims in parallel with bankruptcy proceedings has, in principle, been considered possible on the basis of Article 241 of Spanish Companies Act (**TRLSC**).¹¹²

Based on the above, the author is of the opinion that an old creditor is the kind of creditor who has joined in obligation with the debtor prior to the occurrence of permanent insolvency of the debtor, irrespective of the moment when the claim has become enforceable. The old creditor bears the usual business risk related to the possibility that the debtor goes bankrupt and in the case of the old creditor, compensation for reliance loss is not grounded. Even if the claim becomes enforceable after the occurrence of insolvency, it does not change the position of the old creditor to the debtor since it may be presumed that

¹¹⁰ Re Purpoint Ltd [1991] BCLC 491.

¹¹¹ Guillermo Guerra Martín, Alberto Alonso Ureba et al, *La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital* (1st edn, Wolters Kluwer España, La Ley 2011) 161.

¹¹² Spanish Companies Act (*Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital*, *TRLSC*, Official State Bulletin [*Boletín Oficial del Estado*], [BOE-A-2010-10544](#)). Art. 241 of the TRLSC is a provision in Spanish law that forms the basis for filing direct claims that are based on external relationships against the director (Spanish *acción individual*). See SAP CS 1534/2000, 2.10.2000; also Angel Rojo, Emilio Beltrán, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (Vol. 1, Thomson Reuters 2011) 1735.

the fact that the debtor becomes insolvent could not be foreseen and, therefore, there is no reason to claim that the director has abused the old creditor's trust. The author finds that the same principle should be applied to recurring obligations and obligations performed in parts (e.g., monthly rent or loan payments) if the obligation has arisen before the occurrence of permanent insolvency of the debtor. The actual moment when insolvency occurred is of decisive importance when assessing the occurrence of insolvency. The author is of the opinion that the twenty-day term provided for in subsection 180 (5¹) of the CC, should have no importance here as the purpose is not to continue the economic activities of an insolvent debtor, but to assess the reorganisation possibilities of the debtor and prepare for the filing of the bankruptcy petition.¹¹³

The position of the new creditor is, however, not related to the bearing of the usual business risks; with regard to new creditors, one can speak about abuse of trust right from the start. When the company's insolvency becomes evident, the director is obligated to file the bankruptcy petition with the court and that bankruptcy petition will form the basis for removing the company from economic circulation and precluding the arising of new obligations. The economic substance of obligations is important at this point as well – if joining in the obligation formally takes place after the occurrence of insolvency, but substantially the debt has incurred prior to insolvency (novation of debt), there is no reason to speak about damaging of that creditor's trust. The author supports the position expressed in German judicial practice that compensation for reliance loss may be claimed by creditors whose claims have arisen from contractual relationships. The author finds that additionally, creditors whose claims arise from the reversal of cancelled or void contracts,

¹¹³ Pursuant to subsection 180 (5¹) of the CC, the bankruptcy petition must be filed promptly after the date on which the insolvency became evident. The twenty-day term provided by the same subsection does not mean that irrespective of the circumstances, the director could always delay twenty days with the filing of the bankruptcy petition and meanwhile carry on with everyday economic activities. The purpose of the said term is to provide the board of directors with the opportunity to further check the solvency of the company, assess reorganisation possibilities (including conduct negotiations with creditors, investors and shareholders) and make preparations for filing the bankruptcy petition depending on the specific circumstances. On the purpose of the term for filing the bankruptcy petition, see Ingo Drescher, *Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers* (7th edn, Köln, RWS Verlag Kommunikationsforum 2013) 233.

should be able to claim compensation for reliance loss. However, in the case of tort, for example, there is no reason to speak about trust violated by the director. For the same reason, the author is not a proponent of compensating for reliance loss of those new creditors who were aware of the fact that the company is insolvent when they concluded the contract, as their trust has not really been violated.¹¹⁴ If the creditor is unable to enforce his/her claim as reliance loss, (s)he may file it as a quota loss claim.

Clear identification of new creditors and recognition of their reliance loss claims enables better protection of the interests of new creditors as filing of new creditors' claims against the director is considerably easier when compared to the filing of old creditors' quota loss claims (no need to prove quota loss). The author finds that distinguishing between new creditors and old creditors does not mean that some creditors are preferred over the others since the company will still be held equally liable to all creditors. In the given case, however, it is the question of the director's tortious liability and it is grounded to separately assess what kind of protection purpose the director has violated by failing to perform the duty to file the bankruptcy petition. The author finds that more strict liability of the director in this matter does not suppress his/her spirit of entrepreneurship since it is clearly in the director's own power to file the bankruptcy petition and violation of that duty cannot come as a surprise to the director. Furthermore, the author does not believe that encouragement of economic activities of insolvent companies would have a positive effect on the development of business activity and economy.

6. Conclusion

In this dissertation, the author has found that with regard to violation of the duty to file the bankruptcy petition, it is grounded to develop Estonian law in such a manner that

¹¹⁴ E.g., if a creditor grants a reorganisation loan to an insolvent company, the risk of the company going bankrupt later on is 'written' in their loan agreement right from the start (on the presumption that the director has adequately informed the creditor of the company's solvency).

enforcement of quota loss claims would become easier for old creditors. Based on valid law and judicial practice, enforcement of old creditors' compensatory claims is too complicated, which is proved by the shortage of respective judicial practice. For that reason, in the case of company's bankruptcy, interests of old creditors are protected only to a limited extent and the director may feel tempted to abuse his/her position since the probability of being held personally liable is very low. Filing of corresponding claims is especially difficult in the case of unsatisfactory organisation of company's accounting. Therefore, the author proposes to give more discretion to courts in ordering quota loss in cases where the director has violated the reporting obligation. As an alternative, the author proposes to reverse the burden of proof to the prejudice of the director who violated the reporting obligation. Since correct maintaining of the reports is in the power of the director, the latter is able to regulate his/her own liability by keeping the company's accounting in order. Therefore, by putting the proposals of the author into practice, liability of the director would remain within reasonable boundaries; at the same time, however, protection of creditors would be improved.

The author is also of the opinion that with regard to the liability of the director who has violated the duty to file the bankruptcy petition, in Estonia, a clear distinction should be made between old and new creditors. Subsection 180 (5¹) of the CC has two protection purposes: first, to avoid further decrease in the assets of an insolvent company (protection of old creditors) and second, to prohibit conclusion of new contractual relationships with an insolvent company (protection of new creditors). It is important to distinguish between old and new creditors and the protection purposes of subsection 180 (5¹) of the CC, because it enables new creditors to enforce their reliance loss claims in court much more easily when compared to the enforcement of old creditors' quota loss claims (no need to prove loss of quota). The fact that enforcement of reliance loss claims is far more

widespread in practice than enforcement of quota loss claims is also confirmed by German judicial practice. Recognition of new creditors' reliance loss claims enables better protection of the interests of creditors since it makes successful enforcement of compensatory claims against the director more probable (at least with respect to reliance loss). At the same time, recognition of new creditors' reliance loss claims does not make liability of the director unreasonably strict. Violation of the duty to file the bankruptcy petition, which forms the basis of liability, is clearly in the director's own power. The director is also the one who can decide whether to conclude new contracts in the name of an insolvent company or not. It is very easy for the director to avoid causing damage to new creditors and, therefore, be released from liability if (s)he files the bankruptcy petition of an insolvent company on time or at least refrains from concluding new contracts in the name of the insolvent company.

The author concludes that according to the valid regulation, the director cannot be held directly liable for causing damage to the interests of creditors when (s)he remains inactive in the situation of thin capitalisation of the company. The author finds that thin capitalisation of the company is a clear sign of danger that should not be taken lightly. If thin capitalisation of the company can be overcome, no negative consequences will arise. However, if thin capitalisation deepens into permanent insolvency then, in the opinion of the author, better protection of the interests of creditors should be provided by law. The author's proposition for implementation of an additional protection provision would impose a duty on the director to terminate the activities of a company that is in the state of thin capitalisation if the shareholders of the company are not willing to take extra risks by investing additional capital into the company or by applying other measures. The author finds that the proposed solution would not make liability of the director unreasonably strict, since it is in the power of the director to decide whether to file the dissolution

petition of the company or not and they themselves can influence that decision. Filing of the dissolution petition would be preceded by quite a long period, which gives enough time for the director to consider possibilities for reorganisation, conduct negotiations with shareholders and creditors, and apply appropriate measures. Within that period, the director can take a well-considered decision to either file the dissolution petition of the company or continue the activities of the company if (s)he is convinced that thin capitalisation is temporary and poses no threat to the solvency of the company.

In the last set of statements set forth for defence in this dissertation, the author has covered liability of the director for disclosure of untrue statements. The author has come to the conclusion that not every kind of disclosure of untrue statements or every form of culpability can be a basis for the director's liability. Intentional disclosure of untrue statements can form a basis for the director's tortious liability according to clause 1045 (1) 8) of the LOA, i.e., intentional behaviour contrary to good morals. In order to file such a compensatory claim against the director, the injured party is required to prove the intent of the director in addition to other general elements of tort (German *Grundtatbestände*). This places a heavy burden of proof on the injured party; at the same time, however, this restriction enables to keep the director's liability within reasonable boundaries to avoid a flood of claims for every negligent checking or presenting of information by the director. The central question is what kind of disclosure of untrue statements could be considered as being contrary to good morals. A conclusion has been reached in the dissertation that intentional disclosure of untrue statements (including concealment of information) can be contrary to good morals if that information had a determinative importance on the injured party's decision to enter into the transaction. The author finds that protection of creditors in the above-mentioned situation is grounded and

the possibility of filing a tortious compensatory claim against the director should be affirmed. The director, in turn, is able to regulate his/her liability by not lying intentionally.

In certain cases, the director may be held liable for disclosure of untrue statements on the basis of *c.i.c.*, whereby in such cases negligence of the director is enough for liability to arise. However, liability of the director on the basis of *c.i.c.* can arise in very exceptional circumstances; primarily, if special reliance that is clearly beyond the usual reliance common in economic circulation has been created between the director and the other party to the transaction. In addition, depending on the circumstances, the director can also be held liable on the basis of *c.i.c.* if (s)he has entered into the transaction in the name of the company, but in the economic sense, the transaction is only related to the director's own private interests and the other party to the transaction is aware of that. Although *c.i.c.* liability of the director can also be applied merely in the case of the director's negligence, it does not unreasonably extend the boundaries of the director's liability since cases where the director's liability on the basis of *c.i.c.* could at all be applied are very exceptional. Despite the fact that *c.i.c.* liability of the director may be of marginal importance from the point of view of the protection of creditors, recognition of this form of liability is, in the opinion of the author, important as it enables to offer protection to creditors from abuse of special reliance.

The hypothesis raised in the dissertation that in Estonia, tortious liability of the director for damage caused to creditors is too limited and there is room for further development of law found confirmation. Thus, the author concludes that there is reason to make liability of the director for violation of the duty to file the bankruptcy petition stricter. What should be considered, above all, is giving more discretion to courts or reversing the burden of proof to the prejudice of the director if the director has violated the reporting obligation, which would make it easier to prove old creditors' quota loss. In addition, the separate positions

of old and new creditors should be clearly recognised, which would enable new creditors to enforce their reliance loss claims against the director more easily. The author is of the opinion that another thing that should be considered is shifting the starting point of liability of the director ahead of the moment when the obligation to file the bankruptcy petition arises if the director fails to act in the case of thin capitalisation of the company. Although in Estonian judicial practice, the possibility of tortious liability of the director for disclosure of untrue statements has, in principle, been recognised, the judicial practice is still in its initial stages and certainly in need of further development.

4. TÕLKEPROBLEEMID

4.1. Eesti seaduste tõlked ja neist tulenenud probleemsed terminid

4.1.1. Eesti seaduste tõlked

Eesti seaduste tõlkimist inglise keelde korraldab Justiitsministeeriumi Riigi Teataja talitus ning tõlked avaldatakse Riigi Teatajas (Justiitsministeerium *n.d.* b: 1). Käesoleva, 2015. aasta seisuga on vandetõlgid inglise keelde tõlkinud kõik Eesti Vabariigi seadused (Männi 2015: 1). Eesti seaduste tõlked inglise keelde on suureks abiks Eestis elavatele ja eesti keelt mitte kõnelevatele inimestele, kui neil peaks tekkima vajadus Eesti seaduste tekste lugeda. Samuti on tõlgetest kindlasti kasu ka Eestis äritegevusega tegelevatele isikutele. Väga suureks abiks on tehtud tõlked aga ka tõlkijatele, kellel peaks olema, kui mitte kohustuslik, siis kindlasti soovituslik õigusalastes tekstides leiduvate terminite tõlkimisel juhinduda Eesti seaduste tõlgetest, et tagada võimalikult suur terminoloogiline ühtsus ja üheselt mõistetavus. Siiski tuleks tõlgetesse suhtuda ka teatava ettevaatusega, kuna seadusi on tõlkinud erinevad vandetõlgid (Justiitsministeerium *n.d.* a: 1), kes on ehk kasutanud ka teataval määral erinevat terminoloogiat. Võimalikud on erinevused isegi ühe seaduse teksti siseselt ning teinekord võib lihtsalt tõlkija enda leitud termin olla sobivam kui seaduse tõlkes olev termin.

Ka mina lähtusin magistritöö aluseks oleva teksti tõlkimisel inglise keelde suures osas Eesti seaduste ingliskeelsetest tõlgetest. Kuna tõlkimiseks olev tekst sisaldas mitmeid viiteid erinevatele Eesti seadustele nagu võlaõigusseadus, tsiviilkohtumenetluse seadustik, äriseadustik, pankrotiseadus, tsiviilseadustiku üldosa seadus ja karistusseadustik, ja käsitles nende seadustega seotud temaatikat, püüdsingi terminitele vasteid leida eelkõige just eelnimetatud seaduste tõlgetest.

Suuremal osal juhtudest oli Eesti seaduste ingliskeelsetest tõlgetest leitud terminivastetest ka abi ning terminite sobivuse ja usaldusväärsuse osas ei tekkinud kahtlusi. Siiski esines erinevates seadustes sama termini erinevaid tõlkeid ning siis tuli muid allikaid kasutades ja sisetunnet usaldades otsustada, milline vaste võiks minu tõlgitavasse teksti kõige paremini sobida. Kuid tekkis ka olukordi, kus tekkis kahtlus, kas seaduse teksti tõlkes kasutatav termin on kõige õigem või oleks ehk parem kasutada hoopis mõnda muud varianti. Allpool toongi ülevaate terminitest, mida tõlkisin Eesti seaduste ingliskeelsete tõlgete baasil, kuid mille tõlkimine põhjustas siiski teatud määral ka probleeme.

4.1.2. Probleemsed terminid

4.1.2.1. Kohtu siseveendumus

Kohtu siseveendumuse tõlke leidsin tsiviilkohtumenetluse seadustiku (edaspidi ka TsMS) ingliskeelsest tõlkest, kus see oli tõlgitud kui *conscience of the court*. Kuna minu pakutavaks esimeseks tõlkevariandiks oleks olnud pigem *conviction*, siis otsustasin asja lähemalt uurida. Blacki (1990) õigussõnaraamatust leidsin selgituse: „/.../ *to inform the conscience of the court* tähendus on, et kohtule tuleb asjas lahendamata või vaidlustatud küsimuse osas esitada täpne ja usaldusväärne informatsioon, et see [kohus] saaks asjas otsuse teha, olles erapooletu ja lähtudes seadusekohasest sisetundest /.../“. Termin *conviction* kohta andis eelnimetatud sõnaraamat selgituseks, et tegemist on süüdimõistva otsusega kriminaalmenetluses. Eurest Tõlketeenuste poolt välja antud sõnaraamatust (Jürisson 2013) leidsin aga eestikeelse „siseveendumus“ vasteks *conviction*. Samuti oli

Oxfordi inglise keele sõnaraamatus (Oxford English Dictionary 2015) sõna *conviction* üks selgitus¹ selline, mille põhjal sobiks seda kohtu siseveendumuse kontekstis kasutada.

Eeltoodu põhjal võib väita, et tõlge *conscience of the court* TsMS-i ingliskeelses tõlkes oli korrektne ja seetõttu otsustasin seda ka oma tõlkes kasutada. Kuna aga seda väljendit kasutades ei saanud tõlkida väljendit „tekkinud siseveendumus“, otsustasin seda fraasi sisaldavas lauses kasutada tõlkevarianti *conviction*.

Näide lähtetekstist: /.../ peab kohtul olema asjas kogutud tõendite ja muude asjaolude pinnalt kogumis **tekkinud siseveendumus**, et pankrotiavalduse esitamise kohustuse rikkumisega on suure tõenäosusega kahju tekitatud /.../.

Tõlge: /.../ *the court must **have a conviction** based on evidence taken and other facts in aggregate that it is highly probable that damage has been caused by violation of the duty to file the bankruptcy petition* /.../.

Leian, et magistritööks tõlgitava teksti puhul oli kahe erineva termini kasutamine ühe mõiste tähistamiseks lubatav, kuna mõlemad terminid tähistavad siseveendumust, tegemist ei olnud õigusakti tekstiga, milles mitmetimõistetavuste vältimiseks peaks kindlasti läbivalt sisalduma ühtne terminoloogia ning teksti sihtrühma arvestades, ei tohiks neil tekkida probleeme sisu mõistmisel.

4.1.2.2. Põhjuslik seos

Põhjuslik seos on seos teo ja tagajärje vahel, mille puhul tagajärje saabumine on tingitud teost (Aule 2000). Selleks, et leida kirjeldatud mõistele ingliskeelset vastet, vaatasin võlaõigusseaduse (edaspidi ka VÕS) ja karistusseadustiku (edaspidi ka KarS) tõlkeid, kuna Riigi Teataja otsingu kohaselt nendes seadustes sõnaühend „põhjuslik seos“

¹ *Strong belief on the ground of satisfactory reasons or evidence* [Tugev usk, mis põhineb veenvatel põhjendustel või tõenditel].

esines. KarS-is oli põhjuslik seos tõlgitud kui *causal relation*, VÕS-is aga leidis kaks erinevat tõlkevarianti: *causation* ja *causal relationship*.

Otsustamaks, millist eeltoodud varianti oleks tõlkimisel kõige õigem kasutada, uurisin Garneri (1995) sõnaraamatut. Sõnaraamatus sisaldus kirje *causation* ning selgituseks oli toodud, et õiguse kontekstis tähistab *causation* seost põhjuse ja tagajärje vahel, kuigi tavakasutuses on see tähendus hoopis sõnal *causality*. Sõna *causation* leidsin ka teisest inglise-inglise õigussõnaraamatust (Martin 1997), kus oli samuti ära märgitud, et see on seos teo ja sellest tuleneva tagajärje vahel. Sõnaraamatutes sisalduvate selgituste põhjal on näha, et *causation* on õige termin tähistamaks põhjuslikku seost. Samas tuleb mainida, et terminit selgitati läbi sõnade *relation* ja *relationship*, mis annab alust arvata, et vale ei ole kasutada ka väljendit *causal relation* või *causal relationship*.

Eeltoodust on näha, et sõnaraamatutes leiduva kirjelduse põhjal on põhjusliku seose tähistamiseks sobiv termin *causation*. Siinkohal jääb arusaamatuks, miks VÕS-is on põhjusliku seoses tähistamiseks kasutusel kaks erinevat varianti, kuigi § 127 lõikes 4 on põhjuslikku seost selgitatud ning märgitud selle tähistamiseks ingliskeelne vaste *causation*. Hiljem, §-s 1065 teistsuguse väljendi kasutamist ei õigusta ka lausestruktuur, kuna sõna *causation* oleks tõlkesse keeleliselt sobinud. Lähtudes eelnevast, otsustasin oma tõlkes läbivalt kasutada just nimelt terminit *causation*.

Näide lähtetekstist: Nii kvoodikahju kui ka usalduskahju hüvitamine põhineb **põhjusliku seose** olemasolu kontrollimisel /.../.

Tõlge: *Both compensation for quota loss and reliance loss is based on checking the existence of **causation** /.../.*

4.1.2.3. Võlasuhe

Käesoleva termini puhul ei valmistanud vaste leidmine probleemi. Vaste leidsin VÕS-i ingliskeelsest tõlkest, kus see oli tõlgitud kui *obligation*. Leitud vaste *obligation* oli minu jaoks aga probleemne, kuna tõlgitavas tekstis esines ka sõna kohustus, mille olin samuti tõlkinud *obligation* (või ka *duty*) ning seetõttu oleksin soovinud võlasuhte ja kohustuse eristamiseks kasutada võlasuhte tähistamiseks mõnda muud ingliskeelset terminit. VÕS-i tõlkes erinevat terminikasutust ei esinenud ja võlasuhe oli läbivalt tõlgitud kui *obligation*. Sünonüümi leidmisel ei olnud abi ka eesti-inglise sõnaraamatutest/andmebaasidest (Justiitsministeerium 1998, Jürisson 2013, ESTERM 2014), kuna neis oli kas samuti vasteks *obligation* või siis nad ei sisaldanudki sellist terminit nagu „võlasuhe“.

Kuna olin doktorandile varasemalt tõlkinud ka kolm artiklit, millel tema doktoritöö põhineb, teadsin, et olin termini „võlasuhe“ tõlkimisega ka varem kokku puutunud. Seetõttu vaatasin neid artikleid ja leidsin, et olen võlasuhte tõlkinud inglise keelde kui *debt relationship*. Ilmselgelt olin ma tookord lihtsalt teinud otsetõlke, kuna doktoritööd tõlkides ma sõnaraamatutest sellist vastet nagu *debt relationship* ei leidnud. Otsustasin siiski uurida, kas olin ehk kogemata õiget varianti kasutanud ja selline termin nagu *debt relationship* on sobivas kontekstis kasutusel.

Leidsin, et sõnaühendit *debt relationship* on kasutatud, kuid minu hinnangul siiski kitsamas tähenduses kui „võlasuhe“. Nt kasutab Stephania Bonilla (2011: 76) oma raamatus seda väljendit, kuid seal on juttu konkreetselt võlgnikest ja nende võlasuhetest. Samuti kasutavad väljendit *debt relationship* ka Reed ja Swain (1997: 245), kuid defineerivad, et „võlasuhte [*debt relationship*] olemuse võib kokku võtta sõnadega, et A on B-le raha võlg“. Eesti võlaõigusseaduse §-s 2 on võlasuhe defineeritud aga järgnevalt: „Võlasuhe on õigussuhe, millest tuleneb ühe isiku (kohustatud isik ehk võlgnik) kohustus

teha teise isiku (õigustatud isik ehk võlausaldaja) kasuks teatud tegu või jätta see tegemata (täita kohustus) ning võlausaldaja õigus nõuda võlgnikult kohustuse täitmist.“ Seega tundub, et võlasuhe VÕS-i kontekstis – ja ka doktorandi doktoritöö kontekstis – hõlmab enamat kui vaid rahalisi kohustusi. Sellisel juhul *debt relationship* ja „võlasuhe“ omavahel vastavuses ei oleks.

Kuigi Garneri (1995) sõnaraamatus kirjet *debt relationship* ei olnud, oli seal sõna *debt* juures selgituseks, et see tähendab lepingu või mõnel muul alusel võlgnetavat rahasummat, aga ka võlgnetavat mitterahalist asja, nagu nt kaubad või teenused. Sellele selgitusele tuginedes võiks ka *debt relationship* tähendus olla siiski laiem kui vaid raha võlgnemine. Siiski, kuna mul konkreetse termini *debt relationship* definitsiooni leida ei õnnestunud, ei saa ma olla kindel, et doktoritöö kontekstis oleks õige seda väljendit kasutada.

Väljendi *debt relationship* kasutamisest loobumise kasuks otsustamiseks sain tõeke ka Garneri (1995) sõnaraamatus olevast sõna *obligation* selgitusest. Nimelt oli seal ära toodud, et sõnal *obligation* ongi kaks tähendust: 1) kohustus tegutseda või tegutsemisest hoiduda; 2) vastastikune õigussuhe, mis sätestab teatud hulga õigusi ja kohustusi. Seega tähenduse nr 2 valguses vastab sõna *obligation* sisu võlasuhte mõistele.

Leidmata kindlat tuge väljendi *debt relationship* kasutamisele ning saades kindlust, et sõna *obligation* tähistab sisu poolest ka võlasuhet, otsustasin, et peaksin doktoritöö tõlkes siiski kasutama sõna *obligation*, hoolimata sellest, et see tähistab tõlkes kahte erinevat mõistet (võlasuhe ja kohustus). Täiendava kindlustunde kasutada doktoritöö tõlkes sõna *obligation* nii kohustuse kui võlasuhte tõlkimisel sain VÕS-i tekstist ja selle tõlkest, kuna ka seal oli sõna *obligation* kasutatud nii termini „võlasuhe“ kui ka „kohustus“ tõlkimisel.

Näide lähtetekstist: Kui võlgnik on aga juba muutunud püsivalt maksejõuetuks, muutub olukord kardinaalselt, sest võlgnikuga **võlasuhtesse** astuv äripartneril on algusest peale märkimisväärne oht, et tema nõuded võlgniku vastu jäävad rahuldamata.

Tõlge: *However, if the debtor has already become permanently insolvent, the situation changes fundamentally since the business partner joining in **obligation** with the debtor bears a considerable risk from the start that his/her claims against the debtor will not be satisfied.*

Ülal toodud näitelauses esinev väljend „võlasuhtesse astuv“ sai tõlgitud kui *joining in obligation* samuti võlaõigusseaduse teksti tõlke eeskujul.

4.1.2.4. Kohustus

Sõna „kohustus“ võib leida mitmest Eesti seadusest, s.h võlaõigusseadusest ja äriseadustikust (edaspidi ka ÄS), mis käesoleva töö puhul terminitele vastete otsimisel kõige enam abiks olid. Nimetatud seaduste tõlgetes on sõna „kohustus“ tõlkevariandina kasutusel nii *obligation* kui ka *duty*. Kuna kahe erineva ingliskeelse sõna kasutamine ühes seaduses ühe ja sama eestikeelse sõna vastena tekitab segadust, otsustasin lähemalt uurida, kas sõnad *duty* ja *obligation* on vastastikku asendatavad või peaks nende kasutamine sõltuma teksti/lause kontekstist.

Esmalt võrdlesin äriseadustiku eestikeelset teksti ja ingliskeelset tõlget. Selle põhjal eristus üsna selgelt, et sõna *duty/duties* on kasutatud kontekstis, kus on tegemist nt pankrotiavalduse esitamise kohustusega (§ 112¹) või siis juhatuse liikmete (§ 187 lg 1, § 315 lg 1, § 327 lg 1) või teiste isikute ametikohast tulenevate kohustuste täitmisega (§ 519 lg 4). Päris mitmel juhul on inglise keeles kasutatavaks sõnaks küll *duty*, kuid eesti keeles on sõna „kohustused“ asemel kasutusel nt „ülesanded“ (§ 180¹ lg 2, § 314 lg 2, § 326 lg 2, § 513 lg 2 p 1, § 513 lg 3¹) või „teenistuskohustused“ (§ 511 lg 5, § 525 lg 2 p 7).

Seega ÄS-i tõlke põhjal võib järeldada, et sõnaga *duty* on tõlkija otsustanud tähistada tööülesandeid. Samas, kui § 187 lõikes 1 on kirjas, et „juhatuse liige peab oma kohustusi täitma korraliku ettevõtja hoolsusega“ ning inglise keelde on see tõlgitud kui „*a member of the management board shall perform his or her duties with due diligence*“, ehk siis kasutusel on kohustuste tähistamiseks ingliskeelne sõna *duty*, kuid sama paragrahvi lõikes 2 on öeldud et „juhatuse liikmed, kes on oma kohustuste rikkumisega tekitanud kahju /.../“ ning inglise keelde on selles lõikes olev „kohustused“ tõlgitud kui *obligations*, tekib küsimus, kas § 187 lõigetes 1 ja 2 on siis mõeldud juhatuse liikme erinevaid kohustusi? Siinkohal võiks eelneva tõlkeanalüüsi põhjal väita, et lõikes 1 on silmas peetud töökohustusi ja lõikes 2 ehk lisaks ka muid täiendavaid kohustusi, mis tulenevad nt seadusest või sõlmitud lepingutest. Samas seaduse eestikeelsest tekstist sellist erisust välja ei tule, mistõttu ma sellist järeldust teha ei julge.

Kui otsida ingliskeelsete sõnade *duty* ja *obligation* tähendusi sõnaraamatutest, siis võib leida, et üldjuhul defineeritaks neid läbi üksteise, mistõttu võib neid pidada samatähenduslikeks. Näiteks Black (1990) defineerib sõna *obligation* kui „*/.../ any duty imposed by law, promise, contract, relations of society, courtesy, kindness, etc*“² ning sõna *duty* kui „*Legal or moral obligation. An obligation that one has by law or contract*“³. Siiski selgitab Black (1990), et sõna *duty* võib tähistada ka ametiülesannete raames täidetavaid kohustusi (sõna *obligation* juures sellist täiendust ei ole).

Sõnade *duty* ja *obligation* teemalist kirjandust uurides on näha, et nende sõnade kasutamine valmistab peavalu ning sageli arutletakse nende sõnade üle nõ moraalipõhiselt. Näiteks Kelly (2015) väidab oma artiklis Saksa filosoof Immanuel Kanti tõlgendusele tuginedes, et sõna *duty* tähistab moraalseid kohustusi, sõna *obligation* aga seadusest

² Tõlge eesti keelde: „mis tahes kohustus, mis tuleneb seadusest, lubadusest, lepingust, ühiskondlikest suhetest, viisakusest, lahkusest jne“.

³ Tõlge eesti keelde: „Õiguslik või moraalne kohustus. Kohustus, mis on tekkinud seaduse või lepingu alusel.“

tulenevaid kohustusi. Taoline käsitus võib sobida kasutamiseks ka käesolevas töös, kuna ka nt juhatuse liikme kohustust esitada pankrotiavaldus võib pidada moraalseks kohustuseks, sest on ebamoraalne mitte esitada pankrotis oleva äriühingu kohta pankrotiavaldust ja jätkata tegevust teades, et äriühing ei suuda oma rahalisi kohustusi täita, ning seega on õigustatud tõlkes sõna *duty* kasutamine. Samas on ka pankrotiavalduse esitamise kohustus siiski seadusest tulenev kohustus, mis aga Kelly käsitluses vastandus moraalsele kohustusele.

Kokkuvõttes leian, et sõnade *duty* ja *obligation* eristamine ja välja selgitamine, kas seda üldse on vaja teha, on üsna keeruline ülesanne, kuna sõnaraamatud kasutavad nimetatud sõnu sünonüümsena ja ei too konkreetselt välja, et ühe või teise sõnaga peaks tähistama või ei tohiks tähistada mingit konkreetset kohustust. Siiski tundub, et Eesti äriseadustiku ja Blacki (1990) definitsiooni alusel on õigustatud kasutada sõna *duty* pigem töökohustuste ja sõna *obligation* muude (nt lepinguliste kohustuste) tähistamiseks. Seetõttu proovisin seda eristust jälgida ka doktoritööd tõlkides. Kuna aga doktoritöö eestikeelses tekstis oli peaaegu alati kasutatud sõna „kohustus“ ja mitte näiteks ülesanded (mida esines paar korda ja mis sai tõlgitud kui *duties*), siis ei olnud alati võimalik tuvastada, milliseid kohustusi täpselt mõeldud on. Samuti ei saanud lähtuda põhimõttest, et nõ seaduslikud kohustused tõlkida kui *obligation*, kuna nagu öeldud, on ka pankrotiavalduse esitamise kohustus seadusest tulenev kohustus, mis on aga ÄS-is tõlgitud kui *duty*. Siiski leian, et kui doktoritöös leidub terminite *duty* ja *obligation* kasutamisel ebaühtlust, ei ole see suur tõlkeviga, kuna ei takista teksti sihtrühmal teksti mõttest aru saamist.

Näide lähtetekstist: Siiski tuleb silmas pidada, et kui isikul puuduvad õiguslikult volitused juhatuse liikmena tegutsemiseks, ei saa tal Eestis olla ka seadusest tulenevaid juhatuse liikme **kohustusi**.

Näide sihtteksti lausest, kus kasutatud sõna *duty*: *However, it is important to keep in mind that if a person does not have the legal authority to act as a director in Estonia, (s)he cannot have the statutory **duties** of the director either.*

Näide lähtetekstist: Samu **kohustusi** on loetletud ka käsunduslepingut puudutavas regulatsioonis (VÕS § 620).

Näide lähteteksti lausest, kus kasutatud sõna *obligation*: *Same **obligations** have been listed in the regulation concerning authorisation agreements (section 620 of the LOA).*

4.1.2.5. Võlausaldaja, võlgnik

Esmapilgul lihtsate terminite tõlkimise muutis veidi keeruliseks kahe erineva tõlkevariandi olemasolu Eesti seadustes. Nimelt on äriseadustiku ja pankrotiseaduse tõlkes „võlausaldaja“ tõlgitud kui *creditor* ning „võlgnik“ kui *debtor*. Võlaõigusseaduses ja tsiviilseadustiku üldosa seaduses aga vastavalt kui *obligee* ja *obligor*.

Erinevate tõlkevariantide olemasolu puhul eeldasin, et sõnadel peaks olema pisut erinev tähendus. ESTERM-ist (2014) tõlkevariante otsides leidsin sõna „võlgnik“ juurest selgituse, et „*debtor* sobib rohkem siis, kui on tegemist rahalise kohustusega. *Obligor* seevastu on üldisem mõiste (vt „võlasuhe“ definitsioon)“. Kuna selgituses oli viide võlasuhte, mis esines ka doktoritöös ning mida käsitletakse võlaõigusseaduses, eeldasin, et peaksin ka oma tõlkes kasutama termineid *obligor* ja *obligee*.

Doktoritöö teksti süvenedes selgus, et sõna „võlgnik“ ja „võlausaldaja“ kasutatakse seal maksejõuetuse ja pankroti kontekstis, mida reguleerib pankrotiseadus. Nagu eelnevalt mainitud, on pankrotiseaduse tõlkes kasutatud termineid *debtor* ja *creditor*. Ka Blacki (1990) sõnaraamat selgitab sõna *debtor* kohta, et pankrotiõiguses on tegemist isikuga, kes esitab vabatahtlikult pankrotiavalduse või kelle suhtes esitatakse pankrotiavaldus, ning

sõna *creditor* kohta, et pankrotiõiguses⁴ on võlausaldaja [*creditor*] isik, kellel on nõue võlgniku vastu [*debtor*]. Lisaks on selgitatud, et anglo-ameerika õiguse kohaselt tähistab sõna *creditor* igapähe, kellel on õigus nõuda mis tahes õigusliku kohustuse täitmist.

Tuginedes sellele, et doktoritöös käsitletakse võlausaldajat ja võlgnikku seoses äriühingu maksejõuetuse ja pankrotiga, mida reguleerib pankrotiseadus ning, et Blacki (1990) sõnaraamat seostab sõnade *creditor* ja *debtor* kasutamise samuti pankrotiõigusega, kuid annab lisaks selgituse, et terminitel on ka laiem tähendus, otsustasin, et doktoritöö kontekstis on korrektne kasutada sõna „võlausaldaja“ tõlkena *creditor* ning sõna „võlgnik“ tõlkena *debtor*.

Näide lähtetekstist (võlausaldaja): Nt mõistis Tallinna Ringkonnakohus 01.02.2008.a otsuses juhatuse liikmelt pankrotiavalduse esitamisega viivitamise tõttu välja kogu **võlausaldaja** nõude ühingu vastu.

Tõlge (*creditor*): *For example, in its judgement of 1 February 2008 Tallinn Circuit Court ordered payment of the **creditor**'s entire claim that had been filed against the company from the director for delaying with the filing of the bankruptcy petition.*

Näide lähtetekstist (võlgnik): Võlausaldajate huvide kaitse seisneb selles, et kui juhatuse liige esitab õigeaegselt pankrotiavalduse, siis läheb kontroll **võlgniku** majandustegevuse üle pankrotihaldurile /.../.

Tõlge (*debtor*): *Protection of the interests of creditors lies in the fact that if the director files the bankruptcy petition on time, control over the **debtor**'s economic activities will go to the trustee in bankruptcy /.../.*

⁴ Viidatud on Ameerika Ühendriikide pankrotiseaduse (*US Bankruptcy Code*) paragrahvile 101.

4.1.2.6. Varamassi vähenemine

Otsides ingliskeelset vastet väljendile „varamassi vähenemine“, leidsin ESTERM-ist (2014) väljendi „vara vähenemine“, mille tõlkeks oli pakutud *decrease of assets*. Nimetatud tõlge oli võetud äriseadustiku tõlkest, kus on kaks sellise nimetusega paragrahvi (§ 176 ja § 301). Kuigi doktoritöös oli läbivalt kasutatud „varamassi vähenemine“ ja mitte „vara vähenemine“, leidsin, et nende väljenditega on sisuliselt siiski mõeldud ühte ja sedasama, kuna doktoritöös oli viidatud eelnimetatud äriseadustiku paragrahvidele.

Varamassi ja vara vähenemise sisulise samasuse väljaselgitamisega oleks võinud kõne all oleva väljendi tõlkimise probleem laheneda, kuid nii see ei olnud. Kui äriseadustikus oli „vara vähenemine“ tõlgitud kui *decrease of assets*, siis mulle ei tundunud see päris korrektne. Vaatasin järgi, kuidas olin nimetatud väljendi tõlkinud doktoritöö aluseks olevate artiklite tõlgetes – olin kasutanud *decrease in assets* ning sisetunde põhjal oleksin tahtnud ka doktoritöös *decrease of* asemel kasutada *decrease in*.

Ainult enda kui tõlkija sisetundele tuginedes tõlkeotsust siiski teha ei julgenud. Õige kasutusviisi väljaselgitamist alustasin Oxfordi kollokatsioonide sõnaraamatust (McIntosh 2009). Nimetatud sõnaraamatus oli eessõna *of* kasutamise näiteks toodud *a decrease of 20%*; *decrease in* kasutusnäideteks olid *sharp decrease in pollution*; *corresponding decrease in demand*; *huge decrease in the number of deaths*. Eeltoodud näidete põhjal võib oletada, et prepositsiooni *of* tuleks kasutada vaid arvuliste näitajate vähenemisele viidates. Seda oletust kinnitab ka inglise keele grammatikaõpik (English Grammar Today 2015a), kus on selgitatud, et prepositsiooni *of* kasutatakse pärast sõna *increase* numbrit ja koguste puhul ning prepositsiooni *in* kasutatakse muutusest mõjutatud sündmusele viitava sõna ees.

On muidugi võimalik, et keelekasutus on ajas muutunud ja *decrease of/in* kasutamisel ei järgita enam rangeid grammatikareegleid, kuid tõlkevaliku tegemisel otsustasin tugineda siiski inglise keele sõnaraamatule ning grammatikaõpikule ning tõlkida „varamassi vähenemine“ äriseadustiku tõlkest erinevalt *decrease in assets*.

Näide lähtetekstist: /.../ vanavõlausaldajate puhul on kaitsenormi eesmärgiks **varamassi vähenemise** ärahoidmine ja seeläbi juba olemasolevate võlausaldajate kaitsmine /.../.

Tõlge: /.../ *with regard to old creditors, the purpose of the protection provision is to avoid the **decrease in assets** and through that offer protection to the existing creditors* /.../.

4.1.2.7. Hoolsuskohustus

Termini „hoolsuskohustus“ tõlkimine inglise keelde valmistas raskusi peamiselt seetõttu, et peamistes seadustes, kust käesolevat tööd kirjutades termineid otsisin (ÄS, PankrS, VÕS ja TsÜS), seda sõna ei olnud ning teistes seadustes olid tõlked erinevad. Näiteks majandustegevuse seadustiku üldosa seaduse tõlkes oli „hoolsuskohustus“ tõlgitud kui *diligence obligation*, keskkonnaseadustiku üldosa seaduse tõlkes kui *duty of care* ning perekonnaseaduse tõlkes oli kasutatud nii väljendit *duty of care* kui ka *obligation of care*. Kui erinevates seadustes erineva tõlke kasutamine võib olla õigustatud erinevuste tõttu termini sisus, siis perekonnaseaduses kahe erineva variandi kasutamine minu hinnangul õigustatud ei ole, kuna hoolsuskohustus on seal defineeritud mõlemal juhul ühtemoodi (PKS § 20 ja § 133).

Kuigi üldjoontes on eelnimetatud tõlked kõik mingil määral sarnased ja tõenäoliselt saadakse kõikide mõttest ühtemoodi aru, on tõlkijad siiski probleemi ees – kui Eesti seaduste tõlgetes ei suudeta jälgida ühtset joont ja tõlkida termineid ühtemoodi, siis ei saa ka tõlkijad järgida Justiitsministeeriumi (*n.d.* c: 5) poolt paika pandud põhimõtet, et „kui

/.../ termin on määratletud Eesti Vabariigi õigusaktis, tuleb kasutada seda terminit“. Muidugi võib siit järeldada, et kui erinevates õigusaktides on kasutatud erinevaid tõlkeid, siis võibki tõlkija kasutada oma tekstis neist ükskõik millist. Samas on Justiitsministeerium (*n.d.* c: 5) ise pannud paika põhimõtte, et sünonüümidest tuleb kasutada levinuimat. Kuid seaduste tõlgetest ei selgu, milline termin siis on kõige levinum: *diligence obligation*, *duty of care*, *obligation of care* või hoopis mõni muu.

Sõnaraamatutes leiduva info põhjal võiks öelda, et levinuim väljend on *duty of care*. See väljend sisaldub nii Oxfordi õigussõnaraamatus (Martin 1997) kui ka Jürissoni (2012) õigussõnaraamatus. Lisaks kasutab seda väljendit deliktiõiguse kontekstis ka nt Inglismaal ja Walesis kehiva õiguse kohta allikmaterjale pakkuv veebilehekülge e-lawresources.co.uk (*n.d.*). Krista Mulenoki (2012: 75) magistritööst leidsin hoolsuskohustuse tähistamiseks aga väljendi *duty of diligence*. LexisNexise⁵ kodulehel avaldatud juhatuse liikme vastutusest rääkiva kirjutise tutvustuses kasutatakse väljendeid *duty of care* ja *duty of diligence* sünonüümsetena (Knepper jt 2014: 1).

Siiski julgen asuda seisukohale, et *duty of care* on hoolsuskohustust tähistavatest väljenditest kõige enam levinud, kuna see väljend on ainuke, mille leidsin õigussõnaraamatutest ning seda kasutatakse ka Inglise õiguse kontekstis. Tegin päringu ka Brigham Young Ülikooli veebipõhises inglise keele sõnakorpuses (Davies 2013), mis andis väljendile *duty of care* 2351 kasutusnäidet, neist 757 Suurbritannias, kuid väljendile *duty of diligence* vaid 12 kasutusnäidet, neist Suurbritannias mitte ühtegi. Hoolimata sellest, et korpuse kõik vasted ei pruugi olla hoolsuskohustuse kontekstis asjasepuutuvad, leian, et ka korpuse tulemus lisab siiski teatud määral kindlust, et väljend *duty of care* on levinum ja üldtunnustatum kui väljend *duty of diligence*. Seetõttu jäi *duty of care* ka minu tõlkevalikuks.

⁵ LexisNexis on USA ettevõtte, mis pakub ligipääsu erinevatele õigus- ja ärialastele dokumentidele.

Näide lähtetekstist: Kuivõrd juhatuse liikme üldised kohustused kehtivad vaid selle ühingu suhtes, mille juhatuse liige ta on, ei saa kolmandad isikud viidata juhatuse liikme **hoolsuskohustuse** rikkumisele võlausaldaja suhtes.

Tõlge: *Since general duties of the director only apply to the company to which (s)he is the director, third persons cannot refer to the director's violation of the **duty of care** with respect to creditors.*

4.2. Saksa (germaani-romaani) õigusest Eesti ja anglo-ameerika õiguse kontekstis ning Saksa õigusest tulenevad probleemsed terminid

4.2.1. Saksa (romaani-germaani) õigusest Eesti ja anglo-ameerika õiguse kontekstis

Kui Nõukogude Liit 1990ndatel aastatel lagunes ja Eestist sai vaba riik, oli Eestil vaja välja töötada oma riigile sobiv uus õigussüsteem. Selle uue õigussüsteemi arendamise aluseks võeti Saksa õigus (Sootak 2005: 6). Lisaks Eestile on Saksa õigussüsteem levinud tegelikult palju laiemalt ning tõenäoliselt on Saksa õigust rakendatud lihtsalt seetõttu, et seda on peetud „heaks ja modernseks“ (Pärnamägi 2014: 2) ning ühtlasi on see ka väga pika ajalooga, mis on andnud võimaluse paljusid õiguslikke küsimusi täpselt reguleerida (Välisministeerium *n.d.*: 1). Seetõttu on mõistetav, miks eesti keelde on mitmed õigusterminid tulnud just nimelt saksa keelest. Eriti hästi on Saksa õiguse mõjud tuntavad tsiviilõiguses (Pärnamägi 2014: 2), millega on seotud ka käesolevas magistritöös tõlgitud lähtetekst.

Nimetatud olukord võib aga tekitada probleeme eestikeelse õigusteksti tõlkimisel inglise keelde, kuna anglo-ameerika õigussüsteem erineb oluliselt romaani-germaani õigussüsteemist. Danner ja Bernal (1994: 8–10) selgitavad, et tsiviilõiguses [romaani-germaani õigussüsteemis] on seadusesätted paberile pandud ja advokaadid lähtuvad

õiguslikele probleemidele lahendusi otsides nendest kirja pandud sätetest. Kohtulahendeid vaadatakse alles siis, kui seaduseparagrahvidest on sobiv välja valitud ja on vaja leida toetust oma seaduse tekstil põhinevale valikule. Üldises õiguses [*common law* ehk anglo-ameerika õigussüsteemis] aga uurivad advokaadid ennekõike just kohtupretsedente, et siis neile toetudes seadust tõlgendada ja oma seisukohti kujundada.

Ülaltoodud Danneri ja Bernali selgitusest nähtub, et peamine erinevus on, et kui romaani-germaani õigussüsteemis on eksperdid kõik või vähemalt enamiku võimalikke õiguse kontekstis esile kerkida võivaid asjaolusid kindlaks teinud ja kirja pannud, siis anglo-ameerika õigussüsteemis enamikke asju kirja pandud ei ole, vaid lahendatakse nõ jooksvalt, tehtud/tehtavate kohtulahendite alusel. Seetõttu on mõisteta, et õigusesse puutuvat ei defineerita romaani-germaani ja anglo-ameerika õigussüsteemides ühte moodi või pole anglo-ameerika õigussüsteemis lihtsalt sama terminit kasutatud, mida romaani-germaani õigussüsteemis.

Ka käesolevas töös esines termineid, mille puhul selgus, et neid anglo-ameerika õiguses ei tunta või mida oli Saksa mõjude tõttu raske inglise keelde tõlkida. Järgnevalt ongi analüüsitud Saksa õigusest pärit terminite tõlkeid inglise keelde. Vastavate terminite väljaselgitamisel on lähtutud doktoritöö autori arvamusest, kuna teda võib pidada doktoriväitekirjas käsitletavas valdkonnas Eesti ja Saksa õiguse asjatundjaks.

4.2.2. Saksa õigusest tulenevad probleemsed terminid

4.2.2.1. Formaaljuriidiline

Eestikeelne sõna „formaaljuriidiline“ on tulnud saksakeelsest sõnast *formaljuristisch*. Nimetatud eestikeelsele terminile korrektse vaste leidmiseks tundus kõige loogilisem valik olevat „Saksa-inglise õigussõnaraamat“ (Wüsterfeld 1991) (edaspidi SISÕR), kuid kahjuks seal sellist terminit ei olnud. Kuna nimetatud sõnaraamat sisaldab

anglo-ameerika õigusterminoloogiat, kuid sõna *formaljuristisch* seal ei esinenud, siis võib ka sellest järeldada, et tegemist ei ole anglo-ameerika õigussüsteemis levinud terminiga.

Vaatluse all olevat sõna ei esinenud ka 1998. aastal välja antud Justiitsministeeriumi koostatud sõnastikus „Mitmekeelne õigussõnaraamat“, „Eesti-inglise õigussõnaraamatus“ (Jürisson 2013), terminibaasis ESTERM (2014) ega ka Riigi Teataja otsingumootori (2014) kohaselt Eesti seadustes. Internetipõhine sõnaraamat (Beolinguus 2014) pakkus vasteteks *legalistic* ja *formal legal*.

Esialgsel lugemisel tundusid mõlemad eelnimetatud vasted sobivat. Selleks, et otsustada, kumba vastet kasutada, uurisin nende tähendust Garneri (1995) õigussõnaraamatust. Kui vaadata sõna *legality* tähendust, siis on selgitatud, et see on „range seaduse järgimine“, mille kohaselt sellest tuletatud *legalistic* võiks ju sobida, kuna doktoritöö autoriga konsulteerides selgus, et „formaaljuriidiline“ tähendab sõna-sõnalist õigust, sõltumata selle tegelikust mõttest ja eesmärgist. Siiski jäi termin *legalistic* minu valikust välja, kuna Garneri (1995) õigussõnaraamatu kohaselt tähistab nimetatud termin küll sõnastatud reeglite oluliseks pidamist, kuid tegemist on terminiga, millel on väga negatiivne varjund.

Täpselt sellist väljendit nagu *formal legal* Garneri õigussõnaraamatus ei olnud, kuid seal leidis sõna *formalism*, mis tähistab vormi järgimist, sisule tähelepanu pööramata. Kuna sõna *formal* tähendab „formaalne“, „vormiline“ (Justiitsministeerium 1998) ning sõna *juristisch* üheks vasteks SISÕR kohaselt on *legal*, tundus sobilik võtta sõna „formaaljuriidiline“ vasteks kasutusele internetipõhise sõnaraamatu (Beolinguus 2014) pakutud variant *formal legal*.

Kuna tõlgitavas eestikeelses lauses oli tegemist omadussõnaga „formaaljuriidiliselt“, sai see tõlgitud *from a formal legal point of view*. Selline

tõlkevariant peaks olema sobiv, kuna seda on õigusega seotud tekstides kasutatud (Tierney jt 2014, Schmid 2012: 19, Cardona: 13).

Näide lähtetekstist: Näiteks **formaaljuriidiliselt** pole de iure juhatuse liikmeks mitteoleval isikul [...].

Tõlge: *For example, from a **formal legal** (German *formaljuristisch*) point of view a person who is not a de jure director [...].*

4.2.2.2. Delikti üldkoosseisu elemendid

Saksakeelne termin delikti üldkoosseisu elementide tähistamiseks on *Grundtatbestände*. SISÕR-ist sellist terminit leida ei õnnestunud. Samuti ei leidunud ka eesti-inglise sõnaraamatutes/andmebaasides (Justiitsministeerium 1998, Jürisson 2013, Riigi Teataja 2014, ESTERM 2014) ingliskeelseid vasteid väljendile „delikti üldkoosseisu elemendid“ (ega ka lihtsalt „delikti üldkoosseis“ või „üldkoosseis“). Küll aga leidis karistusseadustikus selline termin nagu „süüteo koosseis“, mis oli seaduse ingliskeelses tõlkes tõlgitud kui *necessary elements of an offence*. Võtsin selle tõlke aluseks ja tuletasin siit „delikti üldkoosseisu elementide“ tõlkeks *necessary elements of tort*.

Eelnevalt nimetatud tõlkeversiooniga ma aga päris rahul ei olnud, sest selles puudus viide „üldkoosseisule“. Kuna tundus loogiline, et „üldkoosseis“ võiks olla *general elements*, proovisin leida, kas sellist väljendit nagu *general elements of tort* on õiguskirjanduses kasutatud. Selgus, et sellist väljendit on kasutanud Tartu Ülikooli tsiviilõiguse dotsent Janno Lahe (2007) ajakirjas *Juridica International* avaldatud artiklis ning samuti on seda kasutatud nt USA õigussüsteemi käsitlevas raamatus (Van Dervort 2000: 121, 133). Kuna sõna *tort* asemel kasutatakse inglise keeles ka sõna *delict*, otsisin informatsiooni ka väljendi *general elements of delict* kasutamise kohta, kuid leidsin vaid ühe Janno Lahe (2005) kirjutatud artikli, kus seda oli kasutatud.

Enne väljendi *general elements of tort* tõlkes kasutamist otsustasin uurida ka, kas mõnes internetipõhises saksa-inglise sõnaraamatus leidub vastet terminile *Grundtatbestände*. PONSi veebisõnaraamat (2014) andis vasteteks *economic fundamentals*, *fundamental determinants* ja lihtsalt *fundamentals*. *Economic fundamentals* tundus antud konteksti jaoks täiesti ebasobiv, kuna selle võiks tõlkida kui „majanduslikud põhialused“. Sõna *fundamentals* kõlas sobivamalt, kuid allikad, kus oli koos kasutatud sõnu *tort* ja *fundamentals*, olid peamiselt sellised, mis rääkisid sissejuhatusest deliktiõigusesse ⁶ ehk siis üldistest põhimõtetest, aga mitte delikti üldkoosseisu elementidest. Otsing, mis sisaldas väljendit *fundamental determinants* koos terminiga *tort*, ei andnud tulemusi, millest oleks võinud järeldada, et väljendit *fundamental determinants* on sobiv kasutada mõiste „delikti üldkoosseisu elemendid“ tähistamiseks.

Lisaks proovisin sobivat väljendit tuletada ka saksakeelse sõna *Tatbestand* tõlkest. Nimelt on selline sõna olemas SISÕR-is ja selle juriidilises keeles kasutatavaks vasteks on *facts (of the case)*. Mul ei õnnestunud aga leida informatsiooni selle kohta, et väljend *general facts of tort* oleks õiguskirjanduses kasutusel.

Leidsin, et tähistamaks kontseptsiooni, mida Inglise õiguses ei tunta ja millele üldtunnustatud vastet sõnaraamatutes ei leidu, on väljendi *general elements of tort* kasutamine õigustatud, kuna sellel on olemas analoogia „süüteo koosseisu“ tõlkega ning seda on kasutatud ka rahvusvahelises kirjanduses.

Näide lähtetekstist: Vastava kahjunõude esitamiseks juhatuse liikme vastu peab kannatanu tõendama lisaks muudele **delikti üldkoosseisu elementidele** ka juhatuse liikme tahtluse.

⁶ Nt *Introduction to Torts for Paralegals (Fundamentals of Tort Law)* (Foley 2011).

Tölge: *In order to file such a compensatory claim against the director, the injured party is required to prove intent of the director in addition to other **general elements of tort** (German Grundtatbestände).*

4.2.2.3. Objektiivne teokoosseis

Eesti keelde on termin „objektiivne teokoosseis“ tulnud saksa keelest, kus seda tähistatakse väljendiga *objektiver Tatbestand*. Eesti-inglise sõnaraamatutes/andmebaasides (Justiitsministeerium 1998, Jürisson 2013, Riigi Teataja 2014, ESTERM 2014) täpselt sellist väljendit ei esinenud. Küll aga leidsin karistusseadustiku § 12 lõikest 2 sellise väljendi nagu „süüteo koosseisu objektiivsed tunnused“, mis oli tõlgitud kui *objective elements necessary to constitute an offence*. Juba väljendit „delikti üldkoosseisu elemendid“ analüüsides selgus, et „koosseisu“ võiks tõlkida kui *elements*. Seega leidsin, et „objektiivne koosseis“ võiks „süüteo koosseisu objektiivsete tunnuste“ tõlke põhjal olla *objective elements*. Selleks, et leida variante „objektiivse teokoosseisu“ tõlkimiseks, otsisin erinevaid deliktiõigusest rääkivaid ingliskeelseid allikaid. Leidsin mitmed Eesti autorite poolt ajakirjas *Juridica International* avaldatud artiklid (Lahe 2001, Lahe 2004, Nõmm 2012, Tampuu 2003), kus oli kasutatud väljendit *objective elements of an/the act*. Kuna sõna *act* üks tähendustest on „tegu“, tundus, et leitud väljendiga ongi mõeldud „objektiivset teokoosseisu“. Sellest võib järeldada, et vähemalt Eesti autorite poolt on väljend *objective elements of an act* tunnustatud ja kasutatav.

Eelnevale lisaks vaatasin ka SISÕR-i, kust olin juba varasemalt leidnud sõna *Tatbestand*. Seekord oli sõnaraamatus olemas kogu väljend *objektiver Tatbestand* ja selle ingliskeelseteks vasteteks *actual/material facts; material substance of a crime; physical elements of an offence; overt act*. Kuna tõlgitavas tekstis leiab käsitlemist õigusrikkumine⁷

⁷ Õiguseleksikoni (Aule 2000) kohaselt on delikt õigusrikkumine.

(ingl. *offence* (ESTERM 2014)), aga mitte kuritegu (Am. ingl. *crime* (ESTERM 2014)), siis jätsin valikust välja väljendi *material substance of a crime* ning samuti väljendi *overt act*, kuna Blacki sõnaraamat (1990) käsitleb seda kuritegude kontekstis.

Uurides väljendi *physical elements of an offence* kasutamist, leidsin, et seda on kasutatud peamiselt Austraalia domeeninimega veebilehekülgedel viitega seal kehtivale kriminaalkodeksile (Northern Territory Consolidated Acts: *n.d.*). Nimetatud kriminaalkodeksi kohaselt on füüsilised elemendid tegu, teo tagajärg või olukord, milles tegu või teo tagajärg toimub ning lisaks füüsilistele elementidele tuleb hinnata ka süü olemasolu. Eesti õiguse kohaselt hõlmab objektiivne teoskoosseis tegu (või tegevusetust), tagajärge (kahju) ja põhjuslikku seost (teo ja tagajärje vahel) (Järvet 2011: 4) ning deliktistruktuur, mille moodustavad delikti üldkoosseisu elemendid, koosneb teo koosseisust, õigusvastasusest ja süüst (*Ibid*: 2). Eelnimetatud Austraalia kriminaalkodeksi ja Eesti õiguse kirjeldust võrreldes võib leida mitmeid sarnasusi nagu nt tegu ja tagajärg ja süü tuvastamine. Kuna aga mul puudub vastav õiguslane haridus, ei sooviks ma spekuloida, kas terminid „objektiivne teoskoosseis“ ja *physical elements of an offence* on päris samatähenduslikud – selle väljaselgitamine nõuaks põhjalikku Austraalia kriminaalkodeksi analüüsi. Kuid minu kui tõlkija seisukohast vaadates on terminite sarnasus piisavalt suur selleks, et ühte terminit teise abil tõlkida: mõlemal juhul on viide teole ja teo tagajärjele ning kuigi Eesti õiguses viidatakse kolmanda punktina põhjuslikule seosele ja Austraalia kriminaalkodeksis olukorrale, milles tegu või teo tagajärg toimub, siis ei saa välistada, et ka Austraalia seadus hõlmab kolmanda punktina sisuliselt põhjuslikku seost teo ja selle tagajärje vahel.

Enne tõlke *physical elements of an offence* kasutamist otsustasin siiski leida informatsiooni ka väljendi *material facts* kohta. Väljendi *material fact* juures käsitleb Blacki sõnaraamat (1990) erinevaid õigusvaldkondi, kuid kokkuvõtvalt võib öelda, et see

on asjaolu, mis on määrava tähtsusega (kindlustus)lepingu sõlmimisel/mittesõlmimisel, väärtpaberite ostmisel/mitteostmisel, kohtuasjas otsuse tegemisel. Kuna vestluses doktorandiga deliktiõiguse teemadel selgus, et objektiivse teokoosseisu tuvastamisel on oluline osa õigusvastase kahju tekitamise kindlaksmääramisel (kui ei tuvastata objektiivse teokoosseisu olemasolu, ei ole ka õigusvastast kahju tekitatud), võib minu hinnangul *material facts* lugeda sobivaks tõlkeks eestikeelsele terminile „objektiivne teokoosseis“. Samal seisukohal oli ka doktorant ise.

Seega, termini „objektiivne teokoosseis“ tõlkevasteid analüüsid selgus, et sobida võiksid nii *objective elements of an act*, *physical elements of an offence* kui ka *material facts*. Olgugi, et vastet *objective elements of an act* on kasutanud Eesti autorid oma artiklites ja tõlgitud tekst põhineb Eesti õigusel, ei leidnud ma, et kindlasti peaks kasutama just nimelt *objective elements of an act*, kuna seda olid tegelikult kasutanud siiski vaid kolm erinevat autorit ja muud objektiivset sisulist põhjendust nimetatud väljendi kasutamiseks mul ei õnnestunud leida.

Otsustasin *physical elements of an offence* kasuks, kuna *material facts* tundus olevat kasutusel väga erinevates õigusvaldkondades, *physical elements of an offence* oli aga kasutatud ingliskeelses õigusruumis ja, kui mitte täpselt sama, siis väga sarnase struktuuri kirjeldamiseks.

Näide lähtetekstist: Seega peab kannatanu tõendama **objektiivse teokoosseisu** ja rikkumise õigusvastasuse.

Tõlge: *Therefore, the injured party is required to prove physical elements of the offence (German objektiver Tatbestand) and unlawfulness of violation.*

4.2.2.4. Õigusdogmaatiline

Eestikeelne termin „õigusdogmaatiline“ on saksakeelse termini *rechtsdogmatisch* tõlkelaen. Selleks, et leida nimetatud eestikeelsele terminile korrektset ingliskeelset vastet, alustasin taaskord eesti-inglise sõnaraamatutest/andmebaasidest (Justiitsministeerium 1998, Jürisson 2013, Riigi Teataja 2014, ESTERM 2014), kuid sellist terminit neis ei esinenud. Abi ei olnud ka SISÕR-ist, kuna ka seal terminit *rechtsdogmatisch* ei olnud. Erinevaid allikaid otsides jõudsin ProZ.com⁸ (2015a) leheküljele, kus oli kõne all oleva termini tõlkimist käsitletud ning leitud, et kuigi erinevatel Saksa, Eesti ja Prantsuse veebilehekülgedel on *rechtsdogmatisch* vastena kasutatud *legal dogma* või *legal dogmatics*, siis inglise keeles oleks korrektne kasutada *legal doctrine*. Sisu poolest on ingliskeelsed terminid *dogma* ja *doctrine* praktiliselt samad, kuna neid selgitatakse läbi üksteise (Oxford English Dictionary 2015), seega võiks kasutada nii üht kui teist. Kui võrrelda eestikeelset terminit „õigusdogmaatika“ ja ingliskeelset *legal doctrine*, siis õigusdogmaatika on „õpetus konkreetset maal kehtivast õigusest ja selle rakendamisest“ (Põllumäe 2009: lk 17), *legal doctrine* aga „suures osas ongi õigus nii nagu selle panevad paika kohtud“ (Tiller 2006: 517). Seega viitab *legal doctrine* anglo-ameerika õigussüsteemis valitsevale pretsedendiõigusele. Hoolimata sellest, et termineid on selgitatud läbi erinevate õigussüsteemide, on tegemist siiski sisuliselt samade mõistetega, kuna mõlemad käsitlevad tegelikult ju kehtivat õigust.

Kuna käesoleva töö eesmärk ei olnud teha võimalikult anglo-ameerika õiguse termineid järgiv tõlge, siis leidsin, et tõlkes võiks kasutusele jääda siiski terminist *legal dogmatics* tuletatud tõlge. Seda põhjusel, et õiguskirjanduses (Pattaro 2005: 2) on väljendatud seisukohta, et Mandri-Euroopa õigussüsteemis tegutsevate õigusteadlaste jaoks on termin *legal dogmatics* väga hästi tuntud ja nad kasutavad seda aktiivselt, ning on

⁸ ProZ.com on tõlkijate võrgustik, mis võimaldab tõlkijatel üksteist abistada tõlkevastete leidmisel.

avaldatud lootust, et nimetatud terminit hakatakse tulevikus järjepidevalt kasutama. Siiski, kuna tõlgitavas lauses ei esinenud termin „õigusdogmaatiline“ iseseisvalt vaid koos sõnaga „vahetegu“, ei saanud tõlkelausesse jätta kirja pilti *legal dogmatics*, vaid pidi moodustama väljendi *legal dogmatic distinction*.

Näide lähtetekstist: Kui aga kohtupraktikas puudub selge **õigusdogmaatiline vahetegu** uus- ja vanavõlausaldajatel, siis on ilmselt raskendatud ka normi kaitse eesmärgi korrektne sisustamine, mis omakorda võib viia eksimusteni põhjusliku seose rakendamisel.

Tõlge: *However, if no clear legal dogmatic (German rechtsdogmatisch) distinction has been made in judicial practice between the old and new creditors, giving proper meaning to the protection purpose of the provision will probably be complicated as well, which, in turn, may lead to mistakes in the application of causation.*

4.2.2.5. Absoluutne õigushüve

Termin „absoluutne õigushüve“ on taaskord tõlkelaen saksa keelest ning saksakeelseks terminiks on *absolutes Rechtsgut*. Eesti-inglise sõnaraamatutest/andmebaasidest (Justiitsministeerium 1998, Jürisson 2013, Riigi Teataja 2014, ESTERM 2014) oli antud terminile ingliskeelse vaste leidmisel abi Riigi Teataja (2014) otsingusüsteemist. Nimelt oli sealt võimalik leida, et terminit „õigushüve“ on kasutatud neljas erinevas seaduses (tõestamisseadus, korrakaitseadus, karistusseadustik ja halduskohtumenetluse seadustik). Tõestamisseaduse, korrakaitseaduse ja karistusseadustiku ingliskeelses tõlkes oli „õigushüve“ vasteks *legal right(s)*, kuid halduskohtumenetluse seadustikus oli vasteks *legal value*, mis näitab, et Eesti seaduste tõlgetes ei ole terminid ühtlustatud.

SISÕR-is ei olnud küll täpset terminit *absolutes Rechtsgut*, kuid seal oli olemas termin *absolut*, mille peamiseks inglise keelseks vasteks oli *absolute* ning termin

Rechtsgut, mille vasteteks olid *protected interest, legally protected right, object under legal protection*. Kuna saksakeelse *absolut* vasteks oli *absolute*, siis ei tekkinud nimetatud termini tõlkega probleeme ning loogiline oli panna eestikeelse „absoluutne“ vasteks inglise keelne *absolute*.

Termini „õigushüve“ inglise keelseks vasteks valisin oma tõlkesse *legal right*. Seda põhjusel, et nimetatud terminit oli Eesti seaduste tõlgetes valdavalt kasutatud ning võrreldes õigusleksikonis (Aule 2000) olevat „õigushüve“ definitsiooni⁹ ja Blacki õigussõnaraamatus (Black 1990) olevat *legal right* definitsiooni¹⁰, leidsin, et need on vastavuses, kuna tegemist on õigustega, mida kaitsevad seadused.

Näide lähtetekstist: Käesolevas väitekirjas ei käsitleta juhatuse liikme vastutust **absoluutsete õigushüvede** kahjustamise eest VÕS § 1045 lg 1 p-de 1 ja 2 alusel, mille kohaselt on kahju tekitamine õigusvastane, kui põhjustatakse isiku surm või kahjustatakse tema tervist.

Tõlge: *This dissertation does not cover the liability of the director for causing damage to **absolute legal rights** (German absolutes Rechtsgut) on the basis of clauses 1045 (1) 1) 2) of the LOA pursuant to which, the causing of damage is unlawful if the damage is caused by causing the death of the person or causing damage to the health of the person.*

4.2.2.6. Õiguskäive/õiguskäibes

Eestikeelse termini „õiguskäive“ saksakeelne vaste on *Rechtsverkehr*. SISÕR-is nimetatud saksakeelset terminit ei olnud ning ka eesti-inglise sõnaraamatud/andmebaasid (Justiitsministeerium 1998, Jürisson 2013, Riigi Teataja 2014, ESTERM 2014) osutasid

⁹ Õigushüve – üksikisiku või ühiskonna eksisteerimiseks vajalik eluline hüve, millel on eriline sotsiaalne väärtus ja mis tingib tema õigusliku kaitse.

¹⁰ Legal right – /.../ õigused, mille on loonud või mida tunnustavad seadused.

enamjaolt kasutuks, ainukese vaste „õiguskäibe“ leidsin taas Riigi Teataja otsingusüsteemist. Termin „õiguskäive“ on kasutusel notariaadiseaduses ning selle ingliskeelses tõlkes on vasteks *in legal practice*.

Kuna eelnimetatud vaste leidis siiski vaid ühes seaduses ja sealgi oli see vaid ühel korral nii tõlgitud (ülejäänud kordadel oli otsetõlkest kõrvale kaldutud¹¹), otsustasin proovida leida ka muid tõlkevariante. Selleks kasutasin esmalt veebipõhiseid saksa-inglise sõnaraamatuid. Beolinguse sõnaraamatust (2014) sain vasteks *legal transactions*, dict.cc (2015) pakkus aga vasteteks *legal relations* ja *legal dealings*. ProZ.com (2015b) leheküljelt leidsin arutelu *Rechtsverkehr* tõlkimise üle ning seal pakuti vasteks *legal relations*.

Kuna eestikeelse sõna „õiguskäibes“ asemel oleks tõlgitavasse teksti sisuliselt sobinud ka sõna „õigussuhetes“, siis otsustasin, et mitmetest leitud variantidest oleks sobiv kasutada ingliskeelset vastet *legal relations*. Oma tõlkevalikule leidsin kinnitust ka õiguskirjandusest (Seebass jt 2013: 87), kus ingliskeelse *legal relations* juurde oli sulgudes lisatud saksakeelne vaste *Rechtsverkehr*.

Näide lähtetekstist: Praktikas võib aga de iure juhatuse liikme asemel või temaga paralleelselt tegutseda nn de facto juhatuse liige, kellel puuduvad juhatuse liikme volitused, kuid kes täidab **õiguskäibes** faktiliselt juhatuse liikme ülesandeid.

Tõlge: *However, acting in place or in parallel with the de jure director, there can also be a de facto director who does not have the powers of the director, but who, in **legal relations** (German *Rechtsverkehr*), performs duties of the director.*

¹¹ Nt § 8 lg 1 „Notari ametikohtade arvu ja tööpiirkonnad määrab kindlaks valdkonna eest vastutav minister, lähtudes õiguskäibe vajadusest“ oli tõlgitud „The number of notaries’ offices and their corresponding territorial jurisdiction shall be determined by the minister responsible for the area on the basis of the estimated number of notarial acts to be performed“.

4.2.2.7. Kvoodikahju

Termini „kvoodikahju“ puhul on tegemist tõlkelaenuga saksakeelsest sõnast *Quotenschaden*. Terminit *Quotenschaden* ei leidunud SISÕR-is ega ka erinevates veebisõnastikes (Beolingus, dict.cc, Pons). Ka eesti-inglise suunal otsides ei õnnestunud leida „kvoodikahju“ vastet inglise keeles. Kuna saksakeelse termini puhul on tegemist tõlkelaenuga, oli aga võimalik termin jagada kaheks ja otsida eraldi vasteid sõnadele *Quote* ja *Schaden*. *Quote* esimeses vasteks pakkus SISÕR *quota* ning kuna ka eestikeelse „kvoot“ ingliskeelne vaste on *quota*, jäin selle valiku juurde. Saksakeelse sõna *Schaden* esimeseks vasteks pakkus SISÕR *damage*, lisaks ka *harm* ja *loss*. Kuna ka eestikeelse sõna „kahju“ võiks tõlkida inglise keelde samade variantidega, oli vaja välja selgitada, milline termin võiks inglise keeles olla kõige sobivam ja kas selline tõlkelaenu termin inglise keele puhul üldse töötaks.

Terminit *quota harm* uurisin esimesena, kuna see tundus kõige ebatõenäolisem variant – saingi selle valikust välja jätta, kuna mul ei õnnestunud leida ühtegi asjassepuutuvat allikat, kus sellist varianti oleks kasutatud. Alles jäänud variantide (*quota loss* ja *quota damage*) sobivuse väljaselgitamisel erinevatest sõnaraamatutest (Black 1990, Garner 1995, Jürisson 2012) abi ei olnud, kuna neis nimetatud termineid ei esinenud.

Ajakirjas *Juridica International* avaldatud doktorandi artiklis (Tolstov 2014a: 175) on viide sellele, et Inglise õiguse kohaselt on juhatuse liikme vastutus reguleeritud maksejõuetuse seaduse (*Insolvency Act* 1986) paragrahvis 214. Kahjuks ei ole selles paragrahvis (ega ka muudes seaduse paragrahvides) kasutatud ei terminit *quota loss* ega ka *quota damage*, seda tõenäoliselt taaskord seetõttu, et kui Eesti õigus põhineb suuresti Saksa õigusel ja kasutab sealt üle võetud termineid, siis Inglise õigus seda ei tee. Siiski on paragrahvi 214 lõikes 3 viide juhatuse liikme poolt äriühingu võlausaldajatele tekitatud kahjule ning selles kontekstis on kasutatud sõna *loss*.

Saksa ja Austria autorid tunduvad aga valdavalt kasutavat pigem terminit *quota damage* (Bachner 2009: 313, Fellner ja Kranebitter 2014: 16, Lutter 2006: 313), kuigi samas on kasutatud ka hoopis sellist terminit nagu *proportional damage* (Koziol 2012: 46). *Proportional damage* on välja pakutud ja eelistatud ka TranslatorsCafé.com (2008) foorumis, kus on arutatud saksakeelse termini *Quotenschaden* tõlkimise üle.

Kui vaadata, mida kvoodikahju sisuliselt tähendab, siis nagu doktoritöö autor oma töö peatükis 5.1.1 selgitab, on see „hüpoteetilise ja tegeliku nõude suuruse vahe“. Ingliskeelset sõna *quota* selgitab Oxfordi inglise keele sõnaraamat (Oxford English Dictionary 2015) ühe variandina kui mingit osa/summat suuremast hulgast. Seega võib tuletada, et ka ingliskeelse väljendi *quota loss/damage* puhul võib tegemist olla selle osa kaoga, mida võlausaldajal oleks olnud võimalik saada, kui äriühingu pankrotiavaldus oleks esitatud õigeaegselt.

Otsides infot termini *quota loss* kasutamise kohta, leidsin, et seda on kasutatud pigem põllumajanduse kontekstis (nt seoses piimakvootide kaotamisega kaasneva kahjuga (Old Mill Accountants and Financial Planners 2014)), kui seoses võlausaldajate, maksejõuetuse ja pankrotiavalduse esitamisega, millega on tegemist magistritööks tõlgitavas tekstis. Kuid vestluses doktorandiga selgus, et tema eelistaks kasutada siiski terminit *quota loss*. Kuigi esimeses minu tõlgitud doktoritöö aluseks olevas artiklis (Tolstov 2014a) sai doktorandi initsiatiivil kasutatud tõlget *quota damage*, siis järgnevas kahes artiklis (Tolstov 2013b, Tolstov 2014b) soovitas ta mul kasutada terminit *quota loss*. Seega otsustasin jätta ka doktoritöö tõlkesse ikkagi termini *quota loss*, kuna sisuliselt tähistavad nii *quota loss*, *quota damage* kui ka *proportional damage* ühte ja sama, ning kuna töös lisan sulgudesse nagunii ka saksakeelse termini, peaks sisu arusaadav olema nii Saksa õigusega kursis olevale lugejale kui ka teistele, kes saavad siis soovi korral otsida täiendavat informatsiooni saksakeelse termini alusel. Märkisin siiski ära, et kuna oma

magistritöö kirjutamise käigus leidsin, et termin *quota damage* on enam kasutatav kui *quota loss*, siis edaspidi kasutaksin saksakeelse *Quotenschaden* ingliskeelse vastena siiski pigem *quota damage*.

Näide lähtetekstist: Vanavõlausaldajate **kvoodikahju** hüvitamine.

Tõlge: *Compensation for Quota Loss of Old Creditors.*

4.2.2.8. Usalduskahju

Usalduskahju on tõlkelaen saksakeelsest terminist *Vertrauensschaden*. Kahjuks sellist terminit SISÕR-is ei olnud, kuid sõna *Vertrauen* vastetena olid ära toodud *trust* ja *reliance*. Kuna saksa keeles on *Quotenschaden* ja *Vertrauensschaden* sarnase ülesehitusega terminid, leidsin, et ka inglise keelne tõlge peaks järgima sarnast struktuuri. Sellest tulenevalt jäid tõlkevariantideks *trust loss* ja *reliance loss*. Siiski ei kõlanud *trust loss* hästi – see oleks pigem sobinud kasutada variandina *loss of trust*, samuti ei leidnud ma, et terminit *trust loss* oleks kasutatud doktoritöö teemaga samas kontekstis. Seega jäi potentsiaalseks tõlkevariandiks *reliance loss* (või ka *reliance damage*, kui peaks selguma, et selle kasutamine on levinum – seda küll mitte käesolevas töös, kuna eelmises punktis toodud selgituste alusel jäi termini „kvoodikahju“ tõlkeks *quota loss*).

Kuigi konkreetset terminit *reliance loss* Blacki (1990) sõnaraamatus ei esinenud, oli seal ära toodud sõna *reliance*. Selgituseks oli toodud näide deliktiõigusest: „/.../ hageja peab tõestama, et ta tugines [*relied*] oma otsuses moonutatud faktidele [*misrepresentation*] /.../“. Usalduskahju all ongi aga just nimelt mõeldud kahju, mis on tekkinud seetõttu, et juhatuse liige on jätkanud maksejõuetu äriühingu tegevust ning ei ole täitnud pankrotiavalduse esitamise kohustust, eksitades seeläbi võlausaldajat, kes ehk poleks maksejõuetusest teadlik olles äriühinguga lepingulistesse suhetesse astunud. Nii kirjutab doktorant oma doktoritöö peatükis 5.1.2:

Erinevalt vanavõlausaldajate kvoodikahjust tuleks uusvõlausaldajate puhul rääkida kahjust, mis tekkis nende usalduse kuritarvitamise tõttu. /.../ Uusvõlausaldajate puhul aga pole varamassi hulk sedavõrd oluline ning põhjusliku seose tasandil kontrollitakse, kas leping oleks üldse sõlmitud, kui juhatuse liige oleks oma kohustusi nõuetekohaselt täitnud.

Eeltoodule tuginedes leidsin, et õigustatud on kasutada sõna *reliance* tähistamaks eestikeelset sõna „usaldus“ ning terminit „usalduskahju“ tähistada ingliskeelse väljendiga *reliance loss*. Nimetatud väljendi kasutamise õigsusele sain kinnitust ka rahvusvahelist õiguslast kirjandust uurides – selgus, et termin on doktoritöös kirjeldatavas kontekstis inglise keeles kasutusel. Nii kirjutab Thomas Bachner (2009: 204): „/.../ väline vastutus uusvõlausaldajate ees äriühinguga tehingu sõlmimisega tekitatud usalduskahju [*reliance loss*] eest /.../“ ning ka Huang Zang (2014) kasutab oma juhatuse liikme vastutust puudutavas doktoritöös terminit *reliance loss*.

Samas ei ole termini *Vertrauensschaden* tõlkimisel rahvusvahelises kirjanduses täielikku üksmeelt, sest osad autorid tähistavad saksakeelset terminit *Vertrauensschaden* ingliskeelse terminiga *reliance damage*. Näiteks tunnustatud Euroopa kirjastuse *sellier european law publishers*¹² poolt välja antud Euroopa lepinguõigust ja sellega seotud terminoloogiat käsitlevas raamatus on *Vertrauensschaden* tõlgitud kui *reliance damage* (Fauvarque-Cosson ja Mazeaud 2008: 295). Lähtudes sellest, et õiguse ühtlustamiseks Euroopas tehakse pidevalt jõupingutusi¹³, võiks ka terminoloogia kasutamine ühtlustuda. Seetõttu eelistaksin kasutada *Vertrauensschaden* tõlkena pigem *reliance damage*, kui *reliance loss*, kuigi kumbki tõlkevariantidest pole otseselt vale. Kuna aga doktoritöö tõlkimise käigus oli doktorandi soov, et usalduskahju tõlkeks oleks *reliance loss*, siis sai termin seekord nii ka tõlgitud.

¹² *Sellier european law publishers* eesmärgiks on avaldada töid, mis on kirjutatud kõrgeimal akadeemilisel tasemel (International Specialized Book Services 2014: 2).

¹³ Loodud on nt eraõiguse ühtlustamise instituut *International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT 2014) ja rahvusvahelise kaubandusõiguse moderniseerimise ja ühtlustamisega tegeleb *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL 2015).

Näide lähtetekstist: Kas pankrotiavalduse esitamise kohustuse kaitse eesmärgiks peaks olema lisaks vanavõlausaldaja kvoodikahjule ka uusvõlausaldaja **usalduskahju** hüvitamine?

Tõlge: *Should the protection purpose of the duty to file the bankruptcy petition also be the compensation for new creditors' **reliance loss** in addition to the compensation for old creditors' quota loss?*

Siinkohal lisaksin, et tuginedes usalduskahju tõlkele, tõlkisin ka teised eestikeelset sõna „usaldus“ sisaldavad väljendid ingliskeelset sõna *reliance* kasutades. Sellisteks väljenditeks on näiteks „usaldusvastutus“ (*reliance liability*) ja „eriline usaldussuhe“ (*special reliance*). Sõna *reliance* läbiv kasutamine erinevate terminite puhul on õigustatud, kuna seda terminit tuntakse ingliskeelses kirjanduses doktoritöö teemaga samas kontekstis (Sefton-Green 2005: 57) ning kuigi kontseptsiooni *reliance* Inglise õiguse seadusesätetes ei esine, antakse soovitusi see sinna sisse viia seoses Euroopas arutluse all oleva Euroopa tsiviilkoodeksi loomisega (Sefton-Green 2005: 400).

Paar väljendit tõlkisin siiski ka sõnaga *trust – abuse of trust* („usalduse kuritarvitamine“) ja *violation of trust* („usalduse rikkumine“). Need on üldtuntud väljendid ja kollekatsioonid (McIntosh 2009) ning õigusalasest kirjandusest ei leidnud ma toetust, et väljendite *abuse of reliance* ja *violation of reliance* kasutamine oleks levinud, mistõttu leidsin, et uute väljendite nõ jõuga tegemine ei ole õigustatud.

4.2.2.9. Õigusnäivus

Termini õigusnäivus (saksa keeles *Rechtsschein*) liigitasin koostöös doktorandiga Saksa õiguse terminite alla. Emapilgul tundus, et selle termini tõlkimine osutub väga keerukaks, kuna ESTERM-ist, Eesti seaduste tõlgetest ega ka SISÕR-ist vastavalt siis kas terminit „õigusnäivus“ või *Rechtsschein* leida ei õnnestunud. Seejärel aga selgus, et termin

Rechtsschein on täiesti olemas veebisõnastikus Pons (2014) ning „õigusnäivus“ „Eesti- inglise õigussõnaraamatus“ (Jürisson 2013). Inglisekeelseks vasteks oli mõlemas sõnaraamatus *prima facie entitlement*. Kuna seal siiski kasutamise konteksti ei olnud, pidin veenduma, kas tegemist on ikkagi sama sisuga terminiga.

Kahjuks ei õnnestunud leida ametlikku definitsiooni eestikeelsele sõnale „õigusnäivus“ ega ka ingliskeelsele väljendile *prima facie entitlement*. Doktoritöö kontekstist oli siiski aru saada, mida on õigusnäivuse all mõeldud – olukorda, kus mingi situatsioon (käesoleval juhul ebaõige registrikanne) on tekitanud olukorra, kus esmapilgul tundub, et kõik on õiguslikult korrektne (ehk et kanne on kehtiv). Uurides Blacki (1990) sõnaraamatut, leidsin sealt väljendi *prima facie*, mille juures oli selgituseks, et see tähendab „esmapilgul /.../; asjaolu, mida peetakse tõeseks, kui mingite tõenditega ei tõestata vastupidist“. Sõna *entitlement* aga tähendab seaduslikku õigust millelegi (Jürisson 2012). Sellest tulenevalt peaks väljendi *prima facie entitlement* tähendus olema „esmapilgul näiv (seaduslik) õigus millelegi“.

Eeltoodu põhjal jõudsin järeldusele, et sõna „õigusnäivus“ on sobilik tõlkida kui *prima facie entitlement*.

Näide lähtetekstist: Vaatamata **õigusnäivusele**, mille võib tekitada ebaõige registrikanne, puudub alus väita, et *de iure* juhatuse liikmeks mitteoleval isikul lasuks seadusest tuleneva kaitsenormi täitmise kohustus.

Tõlge: *Despite the **prima facie entitlement** (German Rechtsschein) that may arise from an incorrect register entry, there is no reason to claim that a person who is not a de jure director would have the obligation to observe a protection provision arising from law.*

4.3. Doktoriväitekirja autori poolt etteantud terminitega seotud probleemid

4.3.1. Juhatuse liige

Seoses termini „juhatuse liige“ tõlkega oli doktorandil soov, et tõlgiksin selle kui *director*. Pidin tema soovil sellist tõlget kasutama juba doktoritöö aluseks olevates artiklites (Tolstov 2013b, Tolstov 2014a, Tolstov 2014b) ning hiljem siis ka doktoritöös endas. Doktorant viitab ka oma doktoritöö sissejuhatuses, et algselt, kõige esimeses artiklis (Tolstov 2013a) tõlgiti „juhatuse liige“ kui *member of the management board*, mis tulenes sellest, et tõlkija lähtus Eesti äriseadustiku tõlkest. Edaspidi soovis Leonid Tolstov aga, et kasutataks läbivalt sõna *director*, kuna see olevat Eestiga mitteseotud õiguskirjanduses levinum kui *member of the management board*.

Hoolimata sellest, et äriseadustiku ja ka teiste Eesti seaduste (nt pankrotiseaduse, mittetulundusühingute seaduse, kindlustustegevuse seaduse jne) tõlgetes on juhatuse liige tõlgitud kui *member of the management board* ning tõlkijatel soovitatakse lähtuda Eesti õigusaktide tõlgetest (Justiitsministeerium *n.d.* c: 5), otsustasin tõlkida „juhatuse liige“ siiski nii, nagu doktorant soovis. Siiski, kuigi tõlget tehes tundub loogiline austada kliendi soovi ja kasutada kliendi poolt etteantud termineid, leian, et tõlkija kohustuseks on jälgida ka kasutatavate terminite õigsust ja tagada korrektse tõlke tegemine ning kliendi terminite õigsuses kaheldes sellest klienti teavitada. Seetõttu pidasin vajalikuks uurida, kas doktorandipoolne sõna *director* eelistamine on põhjendatud ja kas seda sõna on sobilik kasutada rääkides juhatuse liikmest Eesti õiguse kontekstis.

Eestis on juhatuse liige isik, kes on juhatuse liikmena kantud äriregistris äriühingu B-kaardile ning vaid juhatuse liikmel on allkirjaõigus ning õigus ühingu nimel tehinguid teha (Ettevõtluse Arendamise Sihtasutus *n.d.*: 3 ja 4). Juhatus (juhatuse liikme(d)) valivad osäühingu puhul osanikud (või nõukogu) (ÄS § 168 lg 1 p 4) ja aktsiaseltsi puhul aktsiaseltsi nõukogu (ÄS § 309 lg 1) ning juhatus peab tagama äriühingu toimimise

(Ettevõtluse Arendamise Sihtasutus *n.d.*: 6). Äriühingu juhatuse liige ei pea olema äriühingu osanik/aktsionär (ÄS § 180 lg 2, ÄS § 308 lg 1).

Blacki (1990) sõnaraamatu kohaselt moodustavad juhatuse [*board of directors*] juhatuse liikmed [*directors*], kes võivad olla kas ühingu töötajad või aktsionärid või nõuHINGUVÄLISED juhatuse liikmed. Juhatuse valivad aktsionärid [*stockholders*] ning juhatuse liikmed peavad juhtima äriühingu tegevust.

Eeltoodud kirjelduste alusel võib väita, et „juhatuse liige“ ja *director* on küllaltki sarnased mõisted: mõlemal juhul moodustavad juhatuse liikmed juhatuse; nad võivad olla, aga ei pea olema ühingu osanikud/aktsionärid ning nad peavad tegelema ettevõtte juhtimisega. Seetõttu leian, et on õigustatud tõlkida „juhatuse liige“ kui *director*.

Siinkohal võib muidugi väita, et tõenäoliselt ei ole Eesti „juhatuse liige“ ja anglo-ameerika õigussüsteemi *director* täiesti identsed mõisted juba tulenevalt õigussüsteemide erinevusest. Kuid sellest lähtudes ei saa minu arvates tõlkevalikut teha, sest sel juhul oleks vajalik hakata kõikides erinevates riikides mõiste „juhatuse liige“ sisu analüüsima ning tekiks küsimus, et kas erisusi leides ei tohiks nende tõlkimiseks ühte ja sama terminit kasutada. Pigem leian, et peaks pooldama ingliskeelses õiguskirjanduses just nimelt ühe ja sama termini läbivat kasutamist juhatuse liikme institutsiooni tähistamiseks, kuna see ühtlustaks keelekasutust. Õiguslaseid tekste lugevad inimesed on suure tõenäosusega nagunii kursis, et ühe ja sama terminiga tähistataval mõistel võib eri riikide õiguse kohaselt olla pisut erinev sisu.

Euroopa Komisjoni toetusel on läbi viidud uurimus juhatuse liikmete kohustuste ja vastutuse osas Euroopa Liidus (Gerner-Beuerle jt 2013). Ka selles tekstis on läbivalt kasutatud sõna *director*, hoolimata sellest, et välja on toodud mitmeid erinevusi seoses juhatuse liikme regulatsiooniga erinevates Euroopa Liidu liikmesriikides (nt Euroopa Liidu liikmesriikidest umbes pooltes langeb tõendamiskoormis juhatuse liikmele, pooltes aga

hagejale (*Ibid*: x); samuti on nt *common law* süsteemis juhatuse liikme lojaalsuskohustusele pandud suuremat rõhku kui teistsuguste õigustraditsioonidega riikides (*Ibid*: xi)).

Ülaltoodule tuginedes leidsin, et doktorandi soovitud tõlkevariant on sobiv ning ei ole vaja pakkuda välja alternatiivseid tõlkevariante või soovitada kasutada Eesti õigusaktides kasutatavat tõlget *member of the management board*. Soovituse andmine, kas oleks Eesti õigusaktide tõlgetes hoopis õigustatud sõna *director* kasutamine, eeldaks põhjalikumat analüüsi, et välja selgitada, miks on Eesti seaduste tõlkijad just nimelt *member of the management board* kasuks otsustanud – ehk on sellel arvestatav põhjendus, mille valguses ei oleks õigustatud sõna *director* kasutamine. Taolise analüüsi tegemine väljub aga käesoleva magistritöö raamidest.

Näide lähtetekstist: Kokkuvõtvalt võib väita, et **juhatuse liikme** vastutuse erinevaid aspekte on Eestis seni uuritud vaid üksikute autorite poolt.

Tõlge: *In brief, it may be said that different aspects of the **director's** liability have been studied by only a few authors in Estonia so far.*

4.3.2. Ettevõtlusvaim

Doktorandi sooviks oli, et „ettevõtlusvaim“ tõlgitaks kui *entrepreneurship*. Tõlkimist alustades sellest ka lähtusin, kuid tõlkimise käigus tekkis selle sõna tõlkega probleem, kuna *entrepreneurship* ei ole ju tegelikult „ettevõtlusvaim“ vaid „ettevõtlus“ (Mägi 2005).

Esimene lause, kus oli eesti keeles sees sõna „ettevõtlusvaim“ oli järgmine: „/.../ mistõttu on eriti aktuaalsed olnud teemad võlausaldajate kaitsest ja ettevõtlusvaimu tõstmisest.“ Selle lause puhul leidsin, et kui doktorant soovib, siis võin siin kasutada ka sõna *entrepreneurship* ja teha lause veidikene ümber nii, et aktuaalsed teemad oleksid

„võlausaldajate kaitse ja ettevõtluse edendamine“, mis sisuliselt mõtet minu arvates väga oluliselt ei muudaks.

Hiljem tuli tekstis aga ette järgmine lause: „Autor leiab et juhatuse liikme rangem vastutus antud küsimuses ei pärsi tema ettevõtlusvaimu /.../.“ Ka selle lause võiks ümber sõnastada nii, et saaks kasutada sõna „ettevõtlus“ (nt „ei takista ettevõtlusega tegelemast“), kuid mulle tundus, et see poleks päris korrektne ja autor on siiski silmas pidanud just nimelt ettevõtlusvaimu – seda, et ettevõtja on innustatud ettevõtlusega tegelema.

Selleks, et pakkuda välja oma tõlkevariant, uurisin, kuidas oleks väljendit „ettevõtlusvaim“ sobilik tõlkida. Kuna sõnaraamatutest sellist väljendit ei leidnud, aga kirjandusest (Morris 1998: 1, Ghosh ja Malloi 2011: 52) leidsin väljendi nagu *spirit of entrepreneurship*, siis otsustasingi seda kasutada. Kuigi magistritöös esitatavas sihttekstis on väljend *spirit of entrepreneurship* juba sees, siis doktorandile saadetud tõlkes ma seda ei kasutanud, vaid lisasin kommentaarid kohtadesse, kus minu arvates peaks *entrepreneurship* asemel olema *spirit of entrepreneurship*, selgitasin talle terminite sisulist erinevust ning soovitasin kasutada väljendit *spirit of entrepreneurship*.

Kuna ülal on lähteteksti lause näide juba toodud, esitan siinkohal vaid selle **tõlke**: *The author finds that more strict liability of the director in this matter does not suppress his/her spirit of entrepreneurship /.../.*

4.3.3. Alakapitaliseeritus

Selle termini puhul soovitas doktorant kasutada tõlget *thin capitalisation*. Et olla tõlke õigsuses kindel, uurisin termini tausta. Kuna eesti-inglise sõnaraamatutes/andmebaasides (Justiitsministeerium 1998, Jürisson 2013, ESTERM 2014, Riigi Teataja 2014) sellist terminit nagu „alakapitaliseeritus“ ei olnud, otsisin väljendit *thin*

capitalisation Blacki (1990) sõnaraamatust. Seal oli see olemas ning selgitatud oli, et ühingu võib pidada alakapitaliseerituks, kui ühingu võlad on suuremad kui ühingu kapital.

Käesolevas magistritöös tõlgitud doktoritöö sissejuhatuses oli alakapitaliseeritus defineeritud kui olukord, mil „ühingu netovara /.../ on järel vähem kui pool osakapitalist või alla seaduses sätestatud muu miinimumi“. Kuigi Blacki sõnaraamatu selgituses pole mainitud, milline peaks võlgade-kapitali arvuline suhe olema, on põhimõtte siiski sama ning on õigustatud tõlkida termin „alakapitaliseeritus“ inglise keeles kui *thin capitalisation*. Lisaks, kui ka terminite sisu täpselt ei kattu, ei põhjusta see probleemi, sest doktoritöös on täpselt selgitatud, mida konkreetsetes töös alakapitaliseeritusega silmas peetakse.

Näide lähtetekstist: Samuti on autor uurinud, kas juhatuse liikme deliktilise vastutuse aluseks olevaks kaitsenormiks võiks olla ka ÄS § 171 lg 2 p 1, mis sätestab juhatuse kohustuse üldkoosoleku kokkukutsumiseks ühingu **alakapitaliseerituse** korral.

Tõlge: *The author has also studied whether clause 171 (2) 1) of the CC, which provides for the directing body's obligation to call for a general meeting in the case of **thin capitalisation** of the company, could also be a protection provision on which the director's tortious liability is based.*

4.4. Muud probleemid

4.4.1. Isikuliste asesõnade tõlkimine

Käesolevas magistritöös tõlgitud tekstis ei ole sugu kindlasti midagi sellist, mis hakkaks teksti lugedes kohe silma ja nõuaks suurt tähelepanu. Siiski, kuna eesti keeles isikulised asesõnad sugudel vahet ei tee, kuid inglise keeles on ainsuse isikulistel asesõnadel 3. pöördes (*he/she/it*) sugu, siis tuli seda tõlkimisel ka arvestada.

Enamikes keeltes, kus eristatakse sugu, on meessugu tähistavad asesõnad nõ dominantsed ning kui kõne all oleva isiku sugu ei ole teada, kasutatakse pigem meessoost kui naissoost asesõna (Baker 1992: 91). Sellist meessoovormi eelistamist võib aga pidada seksistlikuks ja inimesi solvavaks, mistõttu oleks soovitatav sellist keelekasutust vältida (English Grammar Today 2015b: 1). Seetõttu püütakse ka inglise keeles, eriti just akadeemiliste tekstide puhul, kasutada vorme nagu *s/he*, *he or she* ja *him and her* (Baker 1992: 91). Lisaks eelnimetatutele on võimalikeks kirjalikes tekstides kasutatavateks variantideks ka vormid *(s)he*, *his/her* ja *him/her* (English Grammar Today 2015b: 2).

Lisaks võib leida mitmeid täiendavaid soovitusi, kuidas tagada neutraalse keele kasutamine (UNESCO 1999, Language Portal of Canada 2014). Soovituste alla kuulub nt lause ümbertegemine mitmuse vormis, nimisõna kordamine, neutraalse sõna (nt *individual*) kasutamine, asesõna lausest välja jätmine, otse lugeja poole pöördumine (*you*, *your*) (Language Portal of Canada 2014).

Lähtudes üldtunnustatud tendentsist tekstide keelelise neutraalsuse saavutamise suunas, otsustasin ka magistritööks tõlgitavas tekstis kasutada eestikeelsete isikuliste asesõnade tähistamiseks vorme, mis ei viitaks inglise keeles ainult ühest soost isikule. Valisin kasutamiseks lühema vormi *him/her*, *his/her* ning lisaks vormi *(s)he*, et lähtuda ühes ja samas allikas välja pakutud variantidest. Teatud juhtudel loobusin isikulise asesõna kasutamisest ja viitasin kõne all olevale isikule neutraalselt kui *that person* (nt „Isiku valimisel juhatuse liikmeks tekib tema ja ühingu vahel /.../“; tõlge: *When a person is elected as director, the contractual relationship created between that person and the company /.../*), kordasin nimisõna (nt „Juhatusel liige tsiviilõigusliku vastutuse all on silmas peetud tema kahju hüvitamise kohustust“; tõlge: *What is meant by civil liability of the director is the obligation of the director to compensate for damage*) või jätsin asesõna lausest välja (nt „Peamiseks kriteeriumiks isiku lugemisel de facto tegutsevaks juhatuse

liikmeks on tema poolt alaliselt ja iseseisvalt juhatuse funktsioonide täitmine“; tõlge: *The main criterion on the basis of which a person can be deemed to be the de facto director is the permanent and independent performance of the functions of the director*).

Lähteteksti viites nr 41 sisalduva eestikeelse „ta“ tõlkisin siiski kui *he*, kuna kontrollisin tekstis viidatud Riigikohtu lahendist järgi, et isik, kellest räägitakse, on meessoost.

4.4.2. Probleemid teksti sisu mõistmisega

Kuna magistritööks tõlgitud doktoritöö tekst oli suhteliselt keeruline, sisaldas palju juriidilisi mõisteid ja kontseptsioone, tekkis tõlkimise käigus paratamatult olukordi, kus mõne lause mõte jäi mulle arusaamatuks. Mitmetimõistetavusi suurendas tõenäoliselt ka olukord, et doktoritöö tekst oli kirjutatud teadmise, et see tõlgitakse inglise keelde ning eesti keeles seda ei avaldata. Hoolimata kohati keerukatest olukordadest, oli minu kui tõlkija positsioon hea, kuna sain vajadusel suhelda doktorandiga ning paluda tal lausete tähendust selgitada. Seega sain üldjuhul tõlkida mõtet ega pidanud tegema sõna-sõnalist tõlget, mis Newmarki (1981: 135) arvamuse kohaselt on tõlkijale lubatud vaid siis, kui teksti mõte jääb pärast kõiki sisu mõistmise jaoks kasutusele võetud abinõusid endiselt segaseks. Järgnevalt toon välja kohad, millest arusaamisega mul tekkis probleeme või mille tõlke õigsuses kahtlesin.

- Probleemne lause: „Reeglina juhatuse liige vastutab vaid sisesuhtes äriühingu ees, mille juhatuse liige ta on“. Esialgu tõlkisin lause järgnevalt: *As a rule, the director is only liable to the company where it is the director if there is an internal relationship between the director and the company*. Siiski tekkis mul kahtlus, kas olen lause mõttest õigesti aru saanud ja *if*-konstruktsiooni kasutamine on õigustatud. Suheldes doktorandiga, sain selgust, et mõte ei ole päris õigesti edasi

antud – minu tõlkest jäi mulje, et juhatuse liige vastutab vaid siis, **kui on** sisesuhe, kuid juhatuse liikmel **tekib alati** lepinguline sisesuhe ühinguga, ja mõte pidi olema selles, et vastutus esineb vaid sisesuhtes. Sellest lähtuvalt muutsin sihtteksti lause ära: *As a rule, the director is liable to the company where (s)he is the director only in an internal relationship.*

- Probleemne lause: „Muuhulgas on K. Saare püstitanud küsimuse juriidilise isiku piiritlemisest tema taga ja tema huvides tegutsevate füüsiliste isikute õigussubjektsusest.“ Selle lause puhul tekitas küsimusi väljend „tema taga“. Kasutada sõna-sõnalist tõlget ja tõlkida kasutades sõna *behind* ei tundunud korrektne. Doktorant selgitas, et juriidilise isiku taga tegutseva isiku all on silmas peetud juriidilise isiku kattevarjus tegutsevat füüsilist isikut. Esimese tõlkevariandina mõtlesin kasutada *in the shadow of*, kuid Oxfordi idioomide sõnaraamat (Parkinson 2006) andis sellele väljendile kaks erinevat vastet¹⁴, millest esimene ei sobinud kattevarjus tegutsemise konteksti üldse, teine mingil määral isegi sobis, kuid leidsin, et seos võiks olla siiski pigem ilma teiste teadmata tegutsemise kui vähem tähelepanu saamisega.

Teise tõlkevariandina kaalusin idioomi *under the cover of* kasutamist. Nimetatud väljend tähendas millegi poolt varjatud olemist / millegi varjus tegutsemist (Parkinson 2006) ja tundus sobivat tõlkekontekstis kasutamiseks. Seega sai lõplik tõlkelause järgnev: *Kalev Saare has, among other things, raised the issue of distinguishing legal persons as subjects of law from natural persons acting under the cover and in the interests of legal persons as subjects of law.*

- Probleemne lause: „/.../ alusetute pangaülekannete väljapetmine võib olla õigusvastane VÕS § 1045 lg 1 p 7 ning art 209 (fraud) of Estonian Penal Code /.../

¹⁴ 1) *Very close to* [väga lähedal]; 2) */.../ do not receive as much attention as /.../ [another] person* [ei saa nii palju tähelepanu kui teine isik] (Parkinson 2006).

kui deliktiõigusliku kaitsenormi alusel.“ Nimetatud lause puhul jäi segaseks, kas kaitsenorm on ainult karistusseadustiku paragrahv või ka VÕS-i säte. Doktorant selgitas, et kaitsenorm on KarS-i paragrahv, kuid nõudealuse moodustab see koosmõjus VÕS-i sättega. Selgituse põhjal sai sihtteksti lause järgnev: */.../ deceiving someone into making ungrounded bank transfers may be unlawful pursuant to clause 1045 (1) 7) of the LOA in co-effect with section 209 (fraud) of Estonian Penal Code /.../ as a tortious protection provision.*

- Probleemne lause: „/.../ ÄS § 180 lg-1 5¹ on samasugune toime nii eraõiguslikest suhetest tulenevate kohustuste võlausaldajate nõuete kaitsel kui ka riigi maksunõude kaitsel.“ Selle lause puhul ei olnud tegemist doktorandi enda kirjutatud lausega vaid tsitaadiga Riigikohtu lahendist. Otsisin ka nimetatud lahendi välja, kuid lause mõttest aru saamisele see kaasa ei aidanud. Doktorant selgitas mulle sisu järgnevalt: „ÄS § 180 lg 5¹ on kaitsenorm ja see kaitseb ühingu võlausaldajate huve. Normi kaitse eesmärgiks on kaitsta mitte ainult eraõiguslikke isikuid, vaid ka riiki kui avalik-õiguslikku võlausaldajat.“ Kuna käesoleval juhul oli tegu tsitaadiga, siis ei olnud mul tegelikult doktorandi selgitustest palju kasu, sest teistest allikatest pärit tsitaatide puhul peab tõlkija järgima algset teksti nii palju kui võimalik ning tal on lubatud teha seda sõna-sõnalisemalt kui muu teksti puhul (Newmark 1982: 148). Sellest lähtuvalt sai tõlge järgnev: */.../ subsection 180 (5¹) of the CC has the same effect on both the protection of the claims of creditors of obligations that arise from private law relationships and the protection of the tax claims of the state.*
- Probleemi tekitas ka lause, mille puhul ei olnud eelneva teksti põhjal võimalik üheselt aru saada, millest on juttu: „Vastava kohustuse rikkumise korral on võlausaldajad õigustatud nõudma juhatuse liikmelt kwoodikahju hüvitamist

ulatuses, mille võrra ühingu varamass vähenes juhatuse liikme rikkumise tõttu.“

Tekkinud küsimus sai aga kiire lahenduse, kuna doktorant selgitas, et mõeldud on pankrotiavalduse esitamise kohustust. Tõlge sai järgmine: *However, if the duty to file the bankruptcy petition is violated, the creditors are entitled to claim compensation for quota loss to the extent in which the company's assets decreased as a result of the director violating the obligation.*

Eeltoodud näidetest on näha, et võimalus tõlget tehes teksti autoriga konsulteerida on tõlkija (ja ka autori) jaoks väga kasulik ning võimaldab teha parema tõlke, kuna aitab vältida olukordi, kus tõlkija, mõistatades, mida autor on tahtnud öelda, jõuab vale tulemuseni.

KOKKUVÕTE

Käesoleva magistritöö eesmärk oli tõlkida doktoriväitekiri „Äriühingu juhatuse liikme deliktiline vastutus äriühingu võlausaldajate ees“ inglise keelde parimal võimalikul moel, tuvastada tõlkimise käigus esile kerkinud tõlkeprobleemid ning püüda leida neile lahendus, kasutades selleks erinevaid sõnaraamatuid/andmebaase, erialast kirjandust ning suhtlust doktoriväitekirja autoriga.

Tõlkimise käigus selgus, et kõige suuremaks probleemiks on terminitele sobivate vastete leidmine. Kuigi lähtusin Eesti Vabariigi Justiitsministeeriumi põhimõttest, et tõlkija peaks kasutama Eesti õigusaktide tõlgetes kasutatud termineid, ning see oli väga paljudel juhtudel ka abiks, ei olnud siiki Eesti seaduste tõlgetest alati kasu. Seda seetõttu, et esines olukordi, kus Eesti seadustes oli otsitav termin küll olemas, kuid see oli erinevates seadustes erinevalt tõlgitud või esines lausa ühes ja samas seaduses mitmeid erinevaid tõlkevariante. Lisaks oli juhtumeid, kus vaste oli seaduse ingliskeelsest tõlkest küll leitav, kuid tekkis kahtlus selle sobivuses.

Terminitele vastete leidmisel ei saanud alati Eesti seaduste tõlkeid kasutada ka seetõttu, et otsitavaid termineid neis lihtsalt ei esinenud. Mõned taolised terminid olid need, mille tõlkevariandi pakkus välja doktorant, kuid peamiselt olid need Saksa õigusest Eesti õigusesse üle võetud terminid. Nimetatud Saksa õiguse põhiste terminitele sobivate vastete leidmisel põhjustas probleeme see, et need on romaani-germaani õigussüsteemi terminid, kuid ingliskeelsetes maades (Inglismaa, Austraalia, Ameerika Ühendriigid) on levinud anglo-ameerika õigussüsteem, mistõttu teatud mõisteid inglise keeles ei olegi tähistatud või on neil pisut teine sisu.

Eelnimetatud terminoloogiliste probleemide lahendamisel lähtusin tõlketeoreetilistest seisukohtadest, millele tuginedes proovisin leida sisult teksti konteksti

kõige sobivamaid vasteid, kasutades selleks erinevate sõnaraamatute abi ning otsides kirjandust, kus probleemseid termineid on kasutatud. Lisaks kasutasin ka tõlke potentsiaalse lugejaskonna määratlemist, mis hõlbustas hiljem tõlkevalikute tegemist ning andis õigustuse lisada Saksa õigusega seotud terminite ingliskeelsete vastete juurde sulgudesse saksakeelne vaste. Kui doktorandi soovitud tõlkevariant ei olnud küll ehk kõige levinum, kuid siiski doktoritöö kontekstis kasutamiseks sobiv, lähtusin tema kui tellija soovist, kuid märkisin töös siiski ära, millist terminit oleksin ise eelistanud kasutada näiteks sel eesmärgil, et aidata kaasa terminite ühtlustamisele Euroopa kontekstis.

Lisaks terminitele sobivate vastete leidmisele oli üheks probleemiks ka see, et eesti keele asesõnadest ei ole aru saada, kas räägitakse nais- või meessoost isikust, kuid inglise keeles on selline erinevus olemas. Tõlkeprobleemi lahendasin lähtudes kirjanduses üldlevinud seisukohast, et kasutada tuleks võimalikult neutraalset keelt. Seal, kus võimalik, selgitasin välja, kas eestikeelses tekstis on juttu mees- või naissoost isikust ning kasutasin vastavat ingliskeelset asesõna.

Doktoriväitekirja tõlkimisel tekkis aeg-ajalt probleeme ka lausete mõttest aru saamisega. Kuna tõlkimise käigus oli mul võimalus doktoriväitekirja autoriga suhelda, lahendasin nimetatud probleemi sel teel, et palusin doktorandil mõtet selgitada. Üldjuhul oli sellest ka abi, erandiks jäi Riigikohtu lahendist võetud tsitaat, mille puhul oli doktorandi selgitus küll arusaadav, kuid kuna tsitaati ei saanud muuta, jäi selle tõlge üsna sõna-sõnaline ning kahjuks tõenäoliselt sama raskesti mõistetav kui lähtelause.

Kuigi püüdsin käesoleva magistritöö käigus valmis saada tõlke, mis oleks võimalikult hea ja sobiv, ei väida ma, et valminud tõlge on ainuõige ja teistsugused tõlkevalikud ei võiks olla sobivad. Siiski usun, et magistritöö tegemisega kaasnev tõlkevalikute põhjalik analüüs tõstis tõlke kvaliteeti ning doktoriväitekirja tõlge sai

tunduvalt parem, kui see oleks saanud ilma tõlkeprobleemidesse süüvimata ja lihtsalt paari sõnaraamatut ning esimesena meelde tulevaid tõlkevariante kasutades.

KASUTATUD ALLIKAD

Kasutatud kirjandus

Bachner, Thomas. 2009. Creditor Protection in Private Companies. Anglo-German

Perspective for a European Legal Discourse. New York: Cambridge University Press.

Baker, Mona. 1992. In Other Words: A coursebook on translation. London; New York: Routledge.

Bonilla, Stephania. 2011. Odious Debt: Law-and-Economics Perspective. Heidelberg: Gabler Verlag.

Cao, Deborah. 2007. Translating Law. Clevedon: Multilingual Matters Ltd.

Cardona, Francisco. The Delegation of Administrative Decision-Making Powers: a Tool for Better Public Performance.

<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/nispacee/unpan018471.pdf>,

viimati külastatud 21.11.2014.

Danner, Richard A. ja Marie-Louise H. Bernal. 1994. Introduction to Foreign Legal Systems. New York: Oceana Publications, Inc.

Davies, Mark. 2013. Corpus of Global Web-Based English: 1.9 billion words from speakers in 20 countries. Kättesaadav <http://corpus.byu.edu/glowbe/>, viimati külastatud 12.04.2015.

E-lawresources. N.d. Kättesaadav: <http://e-lawresources.co.uk/index.php>, viimati külastatud 12.04.2015.

English Grammar Today. 2015a. Nouns and Prepositions. Kättesaadav:

<http://dictionary.cambridge.org/fr/grammaire/grammaire-britannique/nouns-and-prepositions>, viimati külastatud 19.01.2015.

English Grammar Today. 2015b. Sexist language. Kättesaadav:

<http://dictionary.cambridge.org/grammar/british-grammar/sexist-language>, viimati külastatud 21.01.2015.

Ettevõtluse Arendamise Sihtasutus. N.d. Äriühingu juhatus ja omanikud. Kättesaadav:

<http://www.eas.ee/et/alustavale-ettevotjale/ettevotlusega-alustamine/aeriuehingu-registreerimistoimingud-ja-kulud/aeriuehingu-juhatus-ja-omanikud>, viimati külastatud 20.01.2015.

Fauvarque-Cosson, Bénédict ja Denis Mazeaud (toim). 2008. European Contract Law.

Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules. Munich: sellier european law publishers.

Fellner, Markus ja Florian Kranebitter. 2014. Austria - Corporate Recovery & Insolvency

2014. International Comparative Legal Guides. Kättesaadav:

<http://www.iclg.co.uk/practice-areas/corporate-recovery-and-insolvency/corporate-recovery-&-insolvency-2014/austria>, viimati külastatud 14.01.2015.

Foley, Natalia. 2011. Introduction to Torts for Paralegals (Fundamentals of Tort Law).

FBS.

Gerner-Beuerle, Carsten, Philipp Paech ja Edmund Philipp Schuster. 2013. Study on

Directors' Duties and Liability. London: LSE Enterprise. Kättesaadav:

http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/board/2013-study-analysis_en.pdf, viimati külastatud 20.01.2015.

Ghosh, Shubha ja Robin Paul Malloi. 2011. Creativity, Law and Entrepreneurship.

Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited.

International Specialized Book Services. 2014. sellier european law publishers.

Kättesaadav: <http://www.isbs.com/collections/sellier-european-law-publishers>, viimati külastatud 15.01.2015.

Justiitsministeerium. N.d. a. Tõlkeplaanid. Kättesaadav: <http://www.just.ee/et/eesmargid-tegevused/oiguspoliitika/oigusaktide-tolkeplaanid>, viimati külastatud 13.01.2015.

Justiitsministeerium. N.d. b. Õigusaktide tõlkimine. Kättesaadav: <http://www.just.ee/et/eesmargid-tegevused/oiguspoliitika/oigusaktide-tolkimine>, viimati külastatud 13.01.2015.

Justiitsministeerium. N.d. c. Tõlkimise ja toimetamise põhimõtted. Kättesaadav: <http://www.just.ee/et/oiguspoliitika/oiguskeel/tolkenouanded/tolkimise-ja-toimetamise-pohimotted>, viimati külastatud 15.01.2015.

Järvet, Tanel. 2011. Karistusõiguse ülevaade. Kättesaadav: stud.sisekaitse.ee/Jarvet/failid/KarMenetlus/Karistusõiguse%20ülevaade.ppt, viimati külastatud 13.01.2015.

Kelly, Bob. 2015. Difference Between Duties & Obligations. Houston Chronicle. Kättesaadav: <http://work.chron.com/difference-between-duties-obligations-21535.html>, viimati külastatud 16.01.2015.

Knepper, William E., Dan A. Bailey, Katharine B. Bowman, Robert L. Eblin, ja R. Stacy Lane. 2014. Duty of Diligence. Kättesaadav: <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=1-3+Liability+of+Corporate+Officers+and+Directors+3.syn&srctype=smi&srcid=38C3&key=e95a4cd93a002983565cf45262ef699a>, viimati külastatud 20.01.2015.

Koziol, Helmut. 2012. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. Viin: Jan Sramek Verlag KG. Kättesaadav: http://www.jan-sramek-verlag.at/fileadmin/user_upload/Koziol_BasicQuestions_ePDF_HighResOpen_FIN_AL.pdf, viimati külastatud 14.01.2015.

- Lahe, Janno. 2001. Subjective Fault as a Basis of Delictual Liability. *Juridica International*, VI, 125–132.
- Lahe, Janno. 2004. The Concept of General Duties of Care in the Law of Delict. *Juridica International*, IX, 108–115.
- Lahe, Janno. 2005. Forms of Liability in the Law of Delict: Fault-Based Liability and Liability without Fault. *Juridica International*, I, 60–70.
- Lahe, Janno. 2007. Fault in the Three-stage Structure of the General Elements of Tort. *Juridica International*, XII, 152–160.
- Landers, Clifford, E. 2001. *Literary Translation: A Practical Guide*. Multilingual Matters Ltd.
- Language Portal of Canada. 2014. Guidelines for gender-neutral language. Kättesaadav: <https://www.noslangues-ourlanguages.gc.ca/bien-bien/fra-eng/style/nonsexistguidelines-eng.html>, viimati külastatud 21.01.2015.
- Lutter, Marcus (toim). 2006. *Legal Capital in Europe*. Berliin: De Gruyter.
- Morris, Michael H. 1998. *Entrepreneurial Intensity. Sustainable Advantages for Individuals, Organizations, and Societies*. USA: Quorum Books.
- Mulenok, Krista. 2012. Äriühingu juhtorgani liikme hoolsuskohustus ja vastutuse erisused maksukohustuste täitmisel. Magistritöö. Kättesaadav: http://dspace.utlib.ee/dspace/bitstream/handle/10062/26661/mulenok_krista.pdf?sequence=1, viimati külastatud 20.01.2015.
- Männi, Marian (toim). 2015. Nüüd on kõik Eesti seadused ka ingliskeeles olemas. Postimees. Kättesaadav: <http://www.postimees.ee/3052581/nuud-on-koik-eesti-seadused-ka-ingliskeeles-olemas>, viimati külastatud 13.01.2015.
- Newmark, Peter. 1982. *Approaches to Translation*. Oxford: Pergamon Press Ltd.

Nord, Christiane. 1997. Translation as a Purposeful Activity: Functionalist Approaches Explained. Manchester: St. Jerome Publishing.

Northern Territory Consolidated Acts. N.d. Criminal Code Act. Kättesaadav:

http://www.austlii.edu.au/au/legis/nt/consol_act/cca115/sch1.html, viimati külastatud 13.01.2014.

Nõmm, Iko. 2012. The Position of the Duty of Care in the Structure of the General Composition of Delict. *Juridica International*, XIX, 68–77.

Old Mill Accountants and Financial Planners. 2014. Plan ahead to make the most of milk quota abolition. Kättesaadav: <http://www.oldmillgroup.co.uk/news/article/plan-ahead-make-milk-quota-abolition/>, viimati külastatud 14.01.2015.

Pattaro, Enrico (toim). 2005. A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Volume 4: Scientia Juris, Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law. Kättesaadav:

http://www.springer.com/cda/content/document/cda_downloaddocument/9781402033872-c3.pdf?SGWID=0-0-45-151310-p45046213, viimati külastatud 12.01.2015.

Põllumäe, Sander. 2009. Sissejuhatus õigusesse. Õppematerjal õppeaine „Sissejuhatus õigusesse“ HLSC5001 loengukursuse juurde. Kättesaadav: <http://riksweb.sisekaitse.ee/index.asp?action=127&id=495>, viimati külastatud 12.01.2015.

Pärnamägi, Illimar. 2014. Saksa mõju Eesti õiguses. Õiguskeel nr 1. Kättesaadav:

http://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/illimar_parnamagi_saksa_moju_eesti_oi_guses.pdf, viimati külastatud 21.11.2014.

Reed, B. J. ja John W. Swain. 1997. Public Finance Administration. California: Sage Publications, Inc.

- Schmid, Sebastian. 2012. The Constitution of the United Kingdom. A Positivist Perspective. Ius Publicum. Kättesaadav: http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/11_12_2012_15_53-Schmid_Constitution-of-UK.pdf, viimati külastatud 21.11.2014.
- Seebass, Gottfried, Michael Schmitz ja Peter M. Gollwitzer. 2013. Acting intentionally and its limits: individuals, groups, institutions: interdisciplinary approaches. Berlin: De Gruyter.
- Sefton-Green, Ruth (toim). 2005. Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law. New York: Cambridge University Press.
- Sootak, Jaan. 2005. Euroopa õigus ja eesti õiguskeel. Sirp. Kättesaadav: <http://www.sirp.ee/s1-artiklid/c9-sotsiaalia/euroopa-igus-ja-eesti-iguskeel/>, viimati külastatud 21.11.2014.
- Šarčević, Susan. 2000. New approach to legal translation. The Hague: Kluwer Law International.
- Tampuu, Tambet. 2003. Tort law in the Law of Obligations Act: general problems and liability. Juridica International, II, 71–82.
- Tartu Ülikooli senat. 2013. Doktorikraadi andmise kord. Kättesaadav: http://www.oi.ut.ee/sites/default/files/oi/teaduskraadide_pohimaaruses.pdf, viimati külastatud 22.01.2015.
- Tierney, Stephen ja Katie Boyle. 2014. An Independent Scotland: The Road to Membership of the European Union. ESRC Scottish Centre on Constitutional Change. Kättesaadav: http://www.futureukandscotland.ac.uk/sites/default/files/papers/Tierney%20and%20Boyle%20Scotland%20and%20EU%20paper%2020%20Aug%202014_0.pdf, viimati külastatud 21.11.2014.

- Tiller, Emerson H. ja Frank B. Cross. 2006. What is legal doctrine?. Northwestern University Law Review, Volume 100, No 1. Kättesaadav: <https://www.law.northwestern.edu/lawreview/v100/n1/517/LR100n1Tiller-Cross.pdf>, viimati külastatud 12.01.2015.
- Tolstov, Leonid. 2011. Äriühingu juhtorgani liikme vastutus ümberkujundamisõiguse alusel. Juridica, VII, 526–539.
- Tolstov, Leonid. 2013a. Limitation of personal tort liability of a member of the management board of a company – perspective of Estonia. European Business Law Review, Volume 24, Issue 2, Pages 243–259.
- Tolstov, Leonid. 2013b. Personal liability of a director in the insolvency of a company. International Insolvency Law Review, 268–284.
- Tolstov, Leonid. 2013c. Protection of foreign investors from local takeover in Estonia. The Ukrainian Journal of Business Law. Kättesaadav: <http://www.ujbl.info/article.php?id=391>, viimati külastatud 21.01.2015.
- Tolstov, Leonid. 2014a. Personal Liability of a Director to Creditors in the Case of Thin Capitalisation of a Company. Juridica International, 168–175. Kättesaadav: http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2014_1_168.pdf, viimati külastatud 14.01.2015.
- Tolstov, Leonid. 2014b. The Company Director's Liability for Untrue Statements. Baltic Journal of Law & Politics. Volume 7, Issue 1, Pages 70–96.
- UNCITRAL. 2015. United Nations Commission on International Trade Law. Kättesaadav: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html>, viimati külastatud 15.01.2015.
- UNESCO. 1999. Guidelines on Gender Neutral Language. Kättesaadav: <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001149/114950mo.pdf>, viimati külastatud 21.01.2015.

- UNIDROIT. 2014. History and Overview. Kättesaadav: <http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>, viimati külastatud 15.01.2015.
- Van Dervort, Thomas R. 2000. American Law and the Legal System: Equal Justice Under the Law. USA: West Legal Studies.
- Varul, Paul ja Leonid Tolstov. 2012. Developments in pre-insolvency procedures. International Law Office. Kättesaadav: http://www.varul.com/files/Developments_in_pre-insolvency_procedures.pdf, viimati külastatud 22.01.2015.
- Välisministeerium. N.d. Ärikeskkond. Kättesaadav: <http://vm.ee/et/arikeskkond-14>, viimati külastatud 21.11.2014.
- Zhang, Huang. 2014. Directors' Liability From the Perspective of Private International Law. Dissertation. Kättesaadav: http://ddd.uab.cat/pub/tesis/2014/hdl_10803_284240/hz1de1.pdf, viimati külastatud 15.01.2015.
- Żrałka, Edyta. 2007. Strategies in the translation of legal texts-implication for translation pedagogy. Kättesaadav: <http://isg.urv.es/cetra/publications.html>, viimati külastatud 22.01.2015.

Sõnaraamatud, andmebaasid

- Aule, Andres (toim). 2000. Õigusleksikon. Tallinn: Kirjastus Interlex OÜ.
- Beolingus. 2014. De-En Dictionary. Kättesaadav: <http://dict.tu-chemnitz.de/dings.cgi?lang=en;service=deen>, viimati külastatud 21.11.2014.
- Black, Henry Campbell. 1990. Black's Law Dictionary. St. Paul, Minn.: West Publishing Co.

- Dict.cc. 2015. English-German Dictionary. Kättesaadav: <http://www.dict.cc/>, viimati külastatud 12.01.2015.
- ESTERM. 2014. Kättesaadav: <http://mt.legaltext.ee/esterm/>, viimati külastatud 21.11.2014.
- Garner, Bryan A. 1995. A Dictionary of Modern Legal Usage. New York: Oxford University Press.
- Jürisson, Artur (koost.). 2012. Inglise-eesti õigussõnaraamat. Tallinn: Eurest Tõlketeenused OÜ.
- Jürisson, Artur (koost.). 2013. Eesti-inglise õigussõnaraamat. Tallinn: Eurest Tõlketeenused OÜ.
- Justiitsministeerium. 1998. Mitmekeelne õigussõnaraamat. Tallinn: Juura, Õigusteabe AS.
- MacIntosh, Colin (toim). 2009. Oxford Collocations Dictionary for students of English. Oxford University Press.
- Martin, Elizabeth A. (toim). 1997. A Dictionary of Law. Fourth edition. Oxford, New York: Oxford University Press.
- Mägi, Ruth (toim). 2005. Eesti-inglise sõnaraamat. Estonian-English Dictionary. Tallinn: TEA Kirjastus.
- Oxford English Dictionary. 2015. Oxford University Press. Kättesaadav: <http://www.oed.com.ezproxy.utlib.ee/>, viimati külastatud 12.04.2015.
- Parkinson, Dilys (toim). 2006. Oxford Idioms: Dictionary for learners of English. Oxford: Oxford University Press.
- PONS. 2014. Online Dictionary. Kättesaadav: <http://en.pons.com/translate/german-english/>, viimati külastatud 21.11.2014.
- Proz.com. 2015a. Kättesaadav: http://www.proz.com/kudoz/german_to_english/law_contracts/3334358-rechtsdogmatisch.html, viimati külastatud 12.01.2015.

Proz.com. 2015b. Kättesaadav:

http://www.proz.com/kudoz/german_to_english/law_contracts/1185016-rechtsverkehr.html, viimati külastatud 12.01.2015.

Riigi Teataja. 2014. Täpne otsing. Kättesaadav:

https://www.riigiteataja.ee/tervikteksti_otsing.html, viimati külastatud 21.11.2014.

TranslatorsCafé.com. 2008. Quotenschaden. Kättesaadav:

<http://www.translatorscafe.com/tc/terms/en-US/mobile/qtn.aspx?id=11727>, viimati külastatud 14.01.2015.

Wüsterfeld, Barbara. 1991. Law Dictionary. German-English. Deutsch-Englisch. Berlin: Walter de Gruyter & Co.

Eesti õigusaktid

Halduskohtumenetluse seadustik. Riigi Teataja I, 23.02.2011, 3.

Karistusseadustik. Riigi Teataja I, 2001, 61, 364.

Keskkonnaseadustiku üldosa seadus. Riigi Teataja I, 28.02.2011, 1.

Korrakaitse seadus. Riigi Teataja I, 22.03.2011, 4.

Majandustegevuse üldosa seadus. Riigi Teataja I, 25.03.2011, 1.

Notariaadiseadus. Riigi Teataja I, 2000, 104, 684.

Pankrotiseadus. Riigi Teataja I, 2003, 17, 95.

Perekonnaseadus. Riigi Teataja I 2009, 60, 395.

Tsiviilkohtumenetluse seadustik. Riigi Teataja I 2005, 26, 197.

Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Riigi Teataja I 2002, 35, 216.

Tõestamise seadus. Riigi Teataja I 2001, 93, 564.

Võlaõiguse seadus. Riigi Teataja I 2001, 81, 487.

Äriseadustik. Riigi Teataja I 1995, 26, 355.

Inglise õigusaktid

Insolvency Act 1986. Kättesaadav:

http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/pdfs/ukpga_19860045_en.pdf,

viimati külastatud 14.01.2015.

SUMMARY

UNIVERSITY OF TARTU

COLLEGE OF FOREIGN LANGUAGES AND CULTURES

Heleri Loomann

**Doktoriväitekirja „Äriühingu juhatuse liikme deliktiline vastutus äriühingu
võlausaldajate ees“ tõlge ja tõlkeprobleemide analüüs**

**Translation of Dissertation *Tortious Liability of the Director to Company's Creditors,*
and Analysis of Translation Problems**

Master's thesis

2015

123 pages

The aim of this thesis was to translate a dissertation of a doctoral student from Estonian into English and provide the doctoral student with the best possible translation through an analysis of the translation problems.

The thesis is made up of four major parts. The first part gives a description of the source text and its author. The second part concentrates on the theoretical background of the thesis by introducing semantic translation and the theory of equivalence as the most suitable translation methods to proceed from while translating a legal text that is meant for information purposes and has no legal force. The third part of the thesis includes the translation of the dissertation, i.e. the target text, and the fourth part presents the analysis of the various translation problems encountered while translating the dissertation.

The translation problems have been divided into separate chapters based on their essence: translation problems that occurred while trying to find translation equivalents from the translations of Estonian legal acts; problems concerning the translation of German legal terms into English; problems encountered while using the equivalents to terms provided by the author of the dissertation; and finally, issues related to the translation of gender-specific pronouns and confusing sentences of the source text.

The biggest overall translation problem that occurred was finding appropriate equivalents to terms. While trying to find a solution to terminological problems, it proved useful to proceed from translation theories. Therefore, a suitable equivalent was sought from different dictionaries and legal literature. Identification of the potential readership was used as well, which made it easier to make translation choices.

There were a few other problems in addition to finding suitable equivalents to terms. First, translation of personal pronouns, since, unlike in English, in Estonian, personal pronouns do not indicate whether the person under discussion is male or female. The solution was to use as neutral language as possible. Second, there were sentences in the source text, the content of which was difficult to understand. In order to solve that problem, the author of the master's thesis consulted the author of the dissertation. That proved very useful and contributed to the overall better quality of the translation.

Key words: translation, semantic translation, equivalence, translation problems, legal terms, common law, Anglo-American law, Roman-German law.

LISA 1: LÄHTETEKST

Im Kampfe sollst du dein Recht finden.

Rudolf von Ihering

1. Sissejuhatus

Ideaalses maailmas täidavad kõik majanduskäibes osalevad pooled oma kohustusi nõuetekohaselt, mistõttu vastutuse küsimus ei tohiks põhimõtteliselt tõusetuda. Paraku on aga reaalsus ideaalsest kaugel ning paljud osapooled puutuvad sellega sageli kokku, et kohustatud isik jätab oma kohustused täielikult täitmata, täidab neid vaid osaliselt või ei täida kohustusi tähtaegselt. Seetõttu on küsimus vastutusest majanduskäibes keskse tähendusega. Juriidilise isiku puhul tuleb lisaks selle juriidilise isiku enda vastutusele kõne alla ka tema juhtorgani liikme võimalik vastutus. Käesolevas väitekirjas käsitletakse äriühingu juhatuse liikme deliktilist vastutust äriühingu võlausaldajate ees.

Äriühingu all on silmas peetud piiratud vastutusega kapitaliühinguid, eelkõige osaühinguid ja aktsiaseltse, mis on enamlevinud äriühingute liigid.¹

Juhatuse liige on äriühingu seaduslik esindaja (sõltumata sellest, kas esindusõigus on ainuisikuline või ühine), kes juhib ühingut ja korraldab selle igapäevast majandustegevust.² Oma juhtimisotsustega juhatuse liige mõjutab vahetult ühingu majandustulemusi ning otseselt või kaudselt sõltub juhatuse liikme tegevusest kolmandate isikute investeeringute kaitse ja sõlmitud lepingute täitmine. Väitekirjas uuritakse juhatuse liikme deliktilist

¹ In the Estonian Commercial Code (äriseadustik, hereinafter **CC**) (State Gazette (Riigi Teataja) I, 1995, 26/28, 355) on osaühinguid reguleeritud §§-des 135-220 ja aktsiaseltse §§-des 221-383. Olulisemad Eesti õigusaktid kättesaadavad inglise keeles kodulehel: <https://www.riigiteataja.ee/en/>

² Art 34 of the Estonian General Part of the Civil Code Act (tsiviilseadustiku üldosa seadus, hereinafter **GPCCA**). State Gazette I [2002, 35, 216](#). Art 180 of CC.

vastutust äriühingu võlausaldajate ees. Juhatuse liikme võimalik vastutus aktsionäride (osaühingu puhul osanike) ees on eraldiseisev teema, mida käesoleva väitekirja raames ei analüüsita.

Reeglina juhatuse liige vastutab vaid sisesuhtes äriühingu ees, mille juhatuse liige ta on. Isiku valimisel juhatuse liikmeks tekib tema ja ühingu vahel lepinguline suhe, mis olemuslikult vastab enim käsunduslepingule. Sisesuhte all ongi silmas peetud juhatuse liikme ja ühingu vahelist lepingulist suhet. Sisesuhtes saab juhatuse liikme vastutus kõne alla tulla nimetatud käsunduslepingu rikkumisel ja kahju tekitamisel äriühingule. Seevastu välissuhtes äriühingu võlausaldajate ees vastutab üldjuhul vaid äriühing ise ning võlausaldajad ei saa reeglina oma nõudeid otse juhatuse liikme vastu esitada.

Siiski on teatud erandjuhtudel võimalik juhatuse liikme deliktiline vastutus äriühingu võlausaldajate ees võlaõigusseaduse (**LOA**) § 1043 jj mõistes.³

Väitekirja koosneb käesolevast kokkuvõtvast tööst, mis omakorda põhineb autori neljal publikatsioonil:

- Limitation of personal tort liability of a member of the management board of a company – perspective of Estonia.⁴ Artiklil on kaks autorit – Leonid Tolstov ja Janno Lahe. L. Tolstov töötas läbi valdava osa artikli aluseks olevatest allikmaterjalidest ja koostas põhiosa tekstist.
- Personal liability of a director⁵ in the insolvency of a company.⁶

³ Estonian Law of Obligations Act (võlaõigusseadus, hereinafter **LOA**). State Gazette (Riigi Teataja) I, [2001, 81, 487](#).

⁴ European Business Law Review (Vol 24, Issue 2, 2013) 243-259.

⁵ Kuivõrd artiklid on valminud eri aegadel, on autor vahepeal muutnud inglisekeelses tõlkes kasutatavaid termineid. Eestikeelne 'juhatuse liige' on tõlgitud Eesti äriseadustiku inglisekeelses redaktsioonis kui 'the member of the management board' - sama terminit on kasutatud autori esimeses artiklis. Samas inglisekeelses (Eestiga mitteseotud) õiguskirjanduses kasutatakse juhatuse liikme positsioonile vastava ametikoha tähistamiseks valdavalt sõna 'director' (harvem ka 'officer' või 'chief executive officer'). Kuivõrd artiklite lugejaskond on pigem harjunud 'director' mõiste kasutamisega, ongi autor parema mõistetavuse

- Personal liability of a director to creditors in case of thin capitalisation of a company.⁷
- The liability of a director of a company for untrue statements.⁸ Artiklil on kaks autorit – Leonid Tolstov ja Janno Lahe. L. Tolstov töötas läbi valdava osa artikli aluseks olevatest allikmaterjalidest, koostas artikli struktuuri ja põhilise osa tekstist.

Eelviidatud artiklites on analüüsitud peamisi olukordi, kui äriühingu võlausaldajal võib tekkida otsenõue juhatuse liikme vastu tekitatud kahju hüvitamiseks.

Esiteks võib võlausaldajal tekkida nõue juhatuse liikme vastu, kui viimane rikub mõnda seaduses sätestatud kaitsenormi, mille eesmärgiks on võlausaldajate kaitse. Üheks selliseks normiks on ÄS § 185 lg 5¹ (ÄS § 306 lg 3¹)⁹ mis sätestab juhatuse liikme kohustuse maksejõuetu äriühingu pankrotiavalduse esitamiseks. Nimetatud küsimust on käsitletud ülevaatlikult artiklis 'Limitation of personal tort liability of a member of the management board of a company – perspective of Estonia'. Põhjalikum analüüs on esitatud artiklis 'Personal liability of a director in the insolvency of a company'.

Samuti on autor uurinud, kas juhatuse liikme deliktilise vastutuse aluseks olevaks kaitsenormiks võiks olla ka ÄS § 171 lg 2 p 1, mis sätestab juhatuse kohustuse üldkoosoleku kokkukutsumiseks ühingu alakapitaliseerituse korral.¹⁰ Nimetatud küsimust

huvides kasutanud hilisemates artiklites läbivalt viimatinimetatud mõistet. Seega kuigi esimeses ja järgnevatel artiklites on kasutatud juhatuse liikme kohta erinevaid mõisteid, on uurimisesemeks ikka sama isiku vastutus.

⁶ International Insolvency Law Review (Vol 4, Issue 3, 2013) 268-284.

⁷ Juridica International (+++++) +++++

⁸ Baltic Journal of Law and Politics (+++++) +++++

⁹ Viidatud paragrahv sätestab osaühingu juhatuse liikme kohustuse esitada viivitamatult, kuid mitte hiljem kui 20 päeva jooksul arvates osaühingu püsiva maksejõuetuse tekkimisest pankrotiavaldus kohtule. Aktsiaseltsi juhatuse liikme analoogne kohustus tuleneb ÄS § 306 lg-st 3¹.

¹⁰ Autor käsitleb väitekirjas alakapitaliseeritusena olukorda, kui ühingu netovara (bilansi aktiva üldsumma miinus passivas näidatud kohustuste üldsumma) on järel vähem kui pool osakapitalist või alla seaduses sätestatud muu miinimumi (osaühingu puhul ÄS § 171 lg 2 p 1, aktsiaseltsi puhul ÄS § 292 lg 1 p 1).

on analüüsitud artiklis 'Personal liability of a director to creditors in case of thin capitalisation of a company'.

Lisaks on autor analüüsinud juhatuse liikme vastutust valeinfo avaldamise korral. Neid küsimusi on käsitletud artiklis 'The liability of a director of a company for untrue statements'.

2. Uurimisvaldkonna hetkeseis ja uurimisprobleemi koht selles

Kogu ühinguõiguse kohta ei ole Eestis seni avaldatud ühtegi põhjalikumalt õigusteaduslikku raamatut.¹¹ Põhilise panuse ühinguõiguse teaduslikku uurimisse Eestis on andnud Andres Vutt ja Margit Vutt, kes on avaldanud mitmeid õigusteaduslikke artikleid erinevates Eesti ja välismaistes õigusajakirjades.¹² Siiski ei ole ka nemad autorile teadaolevalt avaldanud ühtegi teadusartiklit, mille uurimisesemeks oleks otseselt juhatuse liikme deliktiline vastutus ühingu võlausaldajate ees.

Vähesel määral on käesoleva väitekirja uurimisesemeks olevat äriühingu juhatuse liikme deliktilist vastutust puudutatud mitmes Tartu Ülikoolis kaitstud dissertatsioonis. M. Vutt on oma dissertatsioonis¹³ uurinud aktsionäri derivatiivnõude esitamise võimalikkust juhatuse liikme vastu. Tegemist on algselt ühingule kuuluva käsundisuhte rikkumisel põhineva kahjunõudega juhatuse liikme vastu, mille teatud tingimustel võiks ka aktsionär oma nimel maksma panna. Kuigi Eesti õigus ei võimalda aktsionäri derivatiivnõude esitamist, oleks M. Vuti arvates põhjendatud Eesti õigust vastavas osas täiendada ning võimaldada aktsionäri derivatiivnõude esitamist.¹⁴ Aktsionäri derivatiivnõue juhatuse liikme vastu erineb olemuslikult käesoleva väitekirja uurimisesemest, sest kui aktsionäri derivatiivnõude puhul on tegu sisesuhtest tuleneva lepingulise nõudega, siis käesoleva väitekirja autor uurib hoopis juhatuse liikme deliktilist, ehk välissuhtel põhinevat

¹¹ On avaldatud küll mõned käsiraamatulaadsed teosed, millel on teatav praktiline väärtus, kuid puudub õigusteaduslik süvaanalüüs. Nt Paul Varul, Aldo Kaljurand et al, *Äriühingu juhtorganid* (Äripäeva Kirjastus 2005); Marko Kairjak (ed), *Äriõigus, näidised ja kommentaarid* (Äripäeva Käsiraamat 2013).

¹² Nt Andres Vutt, Margit Vutt, Äriühingu osaniku ja aktsionäri teabeõigus Eesti kohtupraktikas. *Juridica*, 9/2012, 709 – 716; Andres Vutt, Dividend Payments and Protection of Minority Shareholders. *Juridica International*, 16/2009, 135 – 140; Andres Vutt, Margit Vutt, Ühinemine ja jagunemine Eesti registri- ja kohtupraktika peeglis. *Juridica*, 3/2009, 173 – 180; Andres Vutt, Some Features of Legal Capital Regulation in Estonia. *European Business Law Review*, 16(6)/2005, 1385 – 1392; Margit Vutt, Aktsionäri kahju hüvitamise nõue aktsiaseltsi ja selle juhtorgani liikmete vastu. *Juridica*, 2/2012, 90 – 100; Margit Vutt, Systematics of shareholder remedies - origins and developments. *Juridica International* 2010, 188 – 198; Margit Vutt, Shareholder's Derivative Claim - Does Estonian Company Law Require Modernisation? *Juridica International* 2/2008, 76 – 85; Margit Vutt, Legal Regulation of the Board Structure of Public Limited Companies in the light of Regulatory Communication between the European Union and Member States. *Juridica International* 11/2006, 118 - 128.

¹³ Margit Vutt, Aktsionäri derivatiivnõue kui õiguskaitsevahend ja ühingujuhtimise abinõu, dissertatsioon (Tartu Ülikooli Kirjastus 2011).

¹⁴ *Ibid*, 197

otsevastutust võlausaldajate ees. Siiski on M. Vutt oma uurimiseseme piiritlemisel puudutanud ka juhatuse liikme deliktiõiguslikku vastutust, kuid seda aktsionäri, mitte võlausaldaja ees.¹⁵

A.Vutt on oma dissertatsioonis käsitlenud muuhulgas äriühingu alakapitaliseeritusega seotud küsimusi,¹⁶ kuid A. Vutt ei ole siiski konkreetselt seda küsimust uurinud, milline võiks olla juhatuse liikme vastutus alakapitaliseerituse olukorras.

Kalev Saare on oma dissertatsioonis uurinud juriidilise isiku õigussubjektsust ning piiritlenud seda muudest varakogumitest nagu näiteks seltsing, asutamisel olev ühing, pärijatekooslus, aga ka näiteks isikuteühingutest nagu täis- ja usaldusühingud Saksa ja Šveitsi õiguses, mida sealse õiguse kohaselt ei loeta juriidilisteks isikuteks.¹⁷ Muuhulgas on K. Saare püstitanud küsimuse juriidilise isiku piiritlemisest tema taga ja tema huvides tegutsevate füüsiliste isikute õigussubjektsusest. Ühe piiritlemise tunnuseks on K. Saare kasutanud juriidilise isiku iseseisvat vastutusvõimet, mis seondub omakorda juriidilise isiku organi liikmete vastutusega nii sise- kui ka välissuhtes. Seejuures on K. Saare põgusalt käsitlenud ka juhtorgani liikme vastutust (s.h deliktilist vastutust) kui erandit juriidilise isiku iseseisvast ainuisikulisest vastutusest.¹⁸

Urmas Volens on oma dissertatsioonis uurinud usaldusvastutust kui iseseisvat vastutussüsteemi.¹⁹ Ühe usaldusvastutuse avaldumisvormina on U. Volens seejuures uurinud lepingueelsetest läbirääkimistest tulenevat, ehk *culpa in contrahendo* (edaspidi **c.i.c**) vastutust. Teatud erandjuhtudel võib ka juhatuse liige kui läbirääkimiste poole

¹⁵ Ibid, 33 et seq

¹⁶ Andres Vutt, Legal capital rules as a measure for creditor and shareholder protection (dissertatsioon, Tartu Ülikooli Kirjastus 2011) 25 et seq

¹⁷ Kalev Saare, Eraõigusliku juriidilise isiku õigussubjektsuse piiritlemine, doktoritöö, 2004, veebis kättesaadav: <http://dspace.utlib.ee/dspace/bitstream/handle/10062/1044/saare.pdf?sequence=5> (viimati vaadatud 29.01.2014)

¹⁸ Ibid 163 et seq

¹⁹ Urmas Volens, Usaldusvastutus kui iseseisev vastutussüsteem ja selle avaldumisvormid (Tartu Ülikooli Kirjastus, 2011)

(äriühingu) seaduslik esindaja vastutada läbirääkimiste teisele poolele tekitatud kahju eest c.i.c alusel. Kuivõrd mõnes riigis käsitletakse c.i.c vastutust olemuslikult deliktilisena,²⁰ on käesoleva väitekirja autor uurinud ka juhatuse liikme võimalikku vastutust c.i.c alusel, mistõttu väitekirjal on olemas põgus kokkupuutepunkt U. Volensi dissertatsiooniga.²¹

Väitekirja uurimisesemeks olevat teemat on Eestis käsitletud ka mõnes teadusmagistritöös.²²

Kokkuvõtvalt võib väita, et juhatuse liikme vastutuse erinevaid aspekte on Eestis seni uuritud vaid üksikute autorite poolt. Teistes võrdlusriikides on juhatuse liikme vastutust uuritud oluliselt põhjalikumalt. Teema on kõigis võrdlusriikides aktuaalne, sest sõltuvalt majanduse käekäigust on küsimus juhatuse liikme vastutuse optimaalsest ulatusest pidevas muutumises. Nii on näiteks majanduskriisi aastatel olnud paratamatu, et juhatuse liikmed on pidanud võtma rohkem riske ja taluma enam ärilisi ebaõnnestumisi, kui majanduskasvu aastatel. See omakorda tähendab, et ka juhatuse liikme vastutuse küsimus tõusetub majanduskriisi aastatel potentsiaalselt sagedamini, kui headel aegadel. Samas on ilmne, et pelgalt juhatuse liikme rangem vastutus ei ole eelduseks majanduskasvu taastumisele, mistõttu kõigis võrdlusriikides on aktuaalne küsimus sellest, mil määral tuleb üksiku võlausaldaja huvide kaitset (loe: juhatuse liikme vastutuse suurendamine) eelistada majanduskasvule tervikuna (loe: juhatuse liikme vastutuse piiramine ja seeläbi tema ettevõtlusvalmiduse suurendamine).

²⁰ Kuivõrd Hispaania õiguses puudub c.i.c jaoks eraldiseisev nõudealus, lahendatakse vastavad vaidlused üldise deliktivastutuse regulatsiooni alusel (art 1902 of Spanish Civil Code (Codigo Civil). Official State Bulletin [Boletín Oficial del Estado, BOE] [BOE-A-1889-4763](http://www.boe.es/BOE-A-1889-4763)). Hispaania õigusaktid kättesaadavad kodulehel: http://noticias.juridicas.com/base_datos/ (hispaania keeles). Seetõttu loetakse c.i.c vastutust Hispaanias deliktiliseks. The judgement of the Spanish Supreme Court (STS) of 16 May 1988. Hispaania kohtulahendid kättesaadavad kodulehel: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> (hispaania keeles). Gema Tomás Martínez, *Naturaleza de la Responsabilidad Precontractual (Culpa in Contrahendo) en la Armonización Jurídica Europea*, in Revista de Derecho (Coquimbo) (1/2010) 187-210, accessible at: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532010000100009&script=sci_arttext (last accessed on 25th March 2014).

²¹ Urmas Volens, Usaldusvastutus kui iseseisev vastutussüsteem ja selle avaldusmisvormid (Tartu Ülikooli Kirjastus, 2011) 283 et seq

²² Nt Maivi Ots, Äriühingu juhtorgani liikme vastutus äriühingu võlausaldaja ees, magistritöö, 2006; Tuuve Tiivel, Äriühingu juhtorgani liikme kohustused ja vastutus, magistritöö, 2004.

Kogu juhatuse liikme vastutuse temaatika on selleks liiga mahukas, et see mahutada ühe väitekirja raamesse. Seetõttu ka käesoleva töö autor ei pretendeeri juhatuse vastutuse ammendavale analüüsile. Väitekirjas esitatakse juhatuse liikme deliktilise vastutuse põhiliste aspektide süvaanalüüs, mis võimaldab paremini mõista juhatuse liikme deliktilise vastutuse kohta ja mõistlikke piire Eestis.

3. Metoodika kirjeldus

Väitekirja kirjutamisel on autor kasutanud kombineeritult võrdlevat, kvalitatiivset, kvantitatiivset ja modelleerivat uurimismeetodeid.²³

Peamise sisulise uurimismeetodina on kasutatud võrdlevat meetodit – autor on analüüsinud püstitatud uurimisküsimusi võrdlevalt Eesti, Saksa, Inglise ja Hispaania õiguses. Autoril on olnud hea võimalus otsida asjakohast kirjandust erinevate ülikoolide raamatukogudest²⁴ ning kasutada originaalkeelseid allikaid.

Võrdleva meetodi rakendamisel on Eesti õiguse seisukohast olulisim Saksa õigus. Eesti moodsa võlaõiguse (s.h deliktiõiguse) väljaarendamisel on eeskujuks võetud küll ka Hollandi, Šveitsi ja Austria õigus, kuid peamise mudelina 01.07.2002.a jõustunud võlaõigusseadusele oli German Civil Code (**BGB**).²⁵

Kvalitatiivselt on väitekirjas püstitatud uurimisküsimuste lahendamisel uuritud asjakohast Eesti ja Saksa õiguskirjandust ning õigusakte. Kvantitatiivselt on kontrollitud teoreetiliste seisukohtade paikapidavust kohtupraktika põhjal.

Lisaks Eesti-Saksa õiguse võrdlemisele on autor võrdlevalt analüüsinud väitekirja aluseks olevaid probleeme ka Inglise²⁶ ja Hispaania õiguses. Mõlemad riigid esindavad pikaajaliste traditsioonidega peamisi õigusperekondi, vastavalt anglo-ameerika ja romaani õigusperekonda.

²³ Nimetatud uurimismeetodite kohta vt lähemalt: Jaan Sootak, Üliõpilastööde kirjutamise ja vormistamise juhend (Tallinn, Juura 2011) 21–22.

²⁴ Autor on külastanud väitekirja kirjutamise eesmärgil Konstanzi, Sevilla, Viini ja Coimbra ülikoole.

²⁵ German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch, hereinafter **BGB**). Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt, BGBI] I p. 42, 2909, 2003 I p. 738. LOA aluseks olnud mudelseaduste kohta vt: Paul Varul, Irene Kull et al, *Võlaõigusseadus I, Kommenteeritud väljaanne (Law of Obligations Act I, Commented Edition)* (Tallinn, Juura 2006) 2

²⁶ Selguse huvides olgu märgitud, et Suurbritannias eristatakse lisaks Inglise õigusele, Šoti ja Põhja-Iirimaa õigust. Valdavalt domineerib Suurbritannias Inglise õigus, mis on seletatav riigi majanduse ja kapitali koondumisega Londoni piirkonda. Seetõttu on ka Inglise õigust kõige rohkem uuritud ning Inglise õiguses on ulatuslikum kohtupraktika.

Võrdlusest Inglise õigusega on autor saanud uusi ideid kohtupraktika kujundamise osas, nt kuidas oleks Eesti kohtutel võimalik rakendada suuremat diskretsiooni olukorras, kui juhatuse liige on pankrotiavalduse esitamisega viivitamisel tekitanud võlausaldajatele kahju, mille suurust aga ei ole võimalik üheselt kindlaks teha.²⁷

Hispaania õigus on aga olnud huvitavaks võrdlusallikaks Hispaaniat tabanud sügava ja pikaajalise majanduskriisi tõttu. Majandusraskused sunnivad rohkem kompama juhatuse liikme vastutuse piire ning seetõttu on Hispaania õiguses võrreldes teiste võrdlusriikidega rohkem püütud juhatuse liikme vastutust edasi arendada ning pakutud välja lahendusi, mis on teiste võrdlusriikide jaoks võõrad, kuid väitekirja eesmärgi seisukohast siiski väga huvipakkuvad (nt juhatuse liikme vastutuse võimalik nihutamine maksejõuetuse hetkest ettepoole alakapitaliseerituse tekkimise hetkele²⁸).

Inglise ja Hispaania õiguse uurimisel on autor kasutanud vastavate riikide õigusakte, kohalikku õiguskirjandust, teadusajakirjade artikleid ja ka kohtupraktikat. Kuivõrd Inglise õigus põhineb suuresti kohtupretsedentidel, on suur osa Inglise õiguskirjandusest keskendunud otseselt kohtupraktika analüüsile ja autor ise on sellevõrra vahetult Inglise kohtulahendeid vähem uurinud. Hispaanias on õiguskirjanduses kasutatud küllalt palju võrdlevat meetodit ning kohtupraktika vahetut analüüsi on vähem, mistõttu autor on Hispaania õiguse analüüsimisel suuremas mahus uurinud konkreetseid kohtulahendeid.

Läbi erinevate riikide õiguse ja kohtupraktika võrdlemise on autor välja selgitanud erinevad võimalused võlausaldajate deliktiliste nõuete esitamiseks juhatuse liikme vastu. Samal ajal on autor kaalunud liiga range vastutuse rakendamisega seotud ohte. Selle kaalumise tulemusel on autor püüdnud leida juhatuse liikme deliktilise vastutuse

²⁷ Selle kohta põhjalikum analüüs väitekirja p 5.1.1.

²⁸ Selle kohta põhjalikum analüüs väitekirja p 5.2.

mõistlikke piire ja modelleerinud võimalikke optimaalseid lahendusi juhatuse liikme vastu deliktiliste nõuete esitamiseks.

Vähemal määral on autor uurinud ka teatud küsimuste ajaloolist arengut. Erinevalt Eestist on teistes võrdlusriikides juhatuse liikme vastutusega seotud küsimusi uuritud ja käsitletud õiguspraktikas juba pikka aega. Mõningates küsimustes on Eesti kohtupraktika samas punktis, kus nt Saksa kohtupraktika oli aastakümneid tagasi. Seetõttu oli põhjendatud uurida täiendavalt vastava võrdlusriigi õiguspraktika ajaloolist arengut ning tõmmata Eesti jaoks asjakohaseid paralleele. Nt juhatuse liikme võimaliku c.i.c. vastutuse osas on Saksa kohtupraktika alates eelmise sajandi kuuekümnendatest aastatest teinud läbi märkimisväärse arengu, kus algselt peeti juhatuse liikme isikliku vastutuse tekkimiseks piisavaks ainuüksi tema aktsionäriks olekut, kuid hiljem on nn isiklik majandushuvi redutseeritud vastutuse alusena praktiliselt nullini. Eestis on Riigikohus teinud aga alles 05.06.2013.a esimese lahendi, milles on esmakordselt viidatud juhatuse liikme c.i.c vastutuse lisatingimusena isiklikule majandushuvile, seda siiski põhjalikumalt avamata.²⁹ Seetõttu on Saksa kohtupraktika ajalooline kogemus Eesti tänases praktikas igati asjakohane.

²⁹ Selle kohta põhjalikum analüüs p 5.3.2.

4. Uurimisülesande püstitus ja piiritlemine

4.1. Uurimisülesande püstitus

Väitekirja kirjutamise ajal perioodil 2011.a – 2014.a on Euroopa olnud pidevalt kas otseses majanduskriisis või vähemalt kriisi ohutsoonis, mistõttu on eriti aktuaalsed olnud teemad võlausaldajate kaitsest ja ettevõtlusvaimu (entrepreneurship) tõstmisest. Olemuslikult on need kaks küsimust vastuolulised – ettevõtlusvaimu tõstmine eeldab mh ettevõtjate ärgitamist suuremate äririskide võtmisele, samal ajal kui suuremad äririskid võivad kahjustada sageli suuremal määral võlausaldajate huve. Seetõttu tuleb iga lahenduse puhul kaaluda ühelt poolt võlausaldajate huvi oma finantsinvesteeringu säilitamiseks, teisalt aga seda investeeringut ettevõtluses kasutava juhatuse liikme huvi olla kaitstud võlausaldajate rünnaku vastu võimaliku majandusliku ebaõnnestumise korral.

Vastavalt Eesti TsÜS § 31 lg-le 5 loetakse juriidilise isiku organi (juhatuse) tegevus juriidilise isiku tegevuseks. Seega tuleb silmas pidada, et kui isik vastutab juhatuse liikmena deliktilisel alusel, vastutab äriühing sama kahju hüvitamise eest niikuinii.³⁰ Seega võib ühe äärmusliku lahendusena välja pakkuda, et juhatus äriühingu organina isiklikult deliktiliselt kunagi ei vastuta ja vastutab alati vaid äriühing. Samas teise isiku nimel tegutsemine ei välista esindaja enda deliktilist vastutust, mistõttu teine äärmus oleks see, kui juhatuse liige vastutaks kolmandale isikule tekitatud kahju eest alati, sõltumata äriühingu vastutusest. Mõlemal juhul on omad riskid – esimene lahendus julgustaks küll juhatuse liiget võtma äririske, kuid võib kaasa tuua kiusatuse äriühingu kui korporatiivse kesta kuritarvitamiseks; teise lahenduse korral poleks aga juhatuse liikmel praktiliselt üldse mingit kaitset võimaliku nõuete laviini eest ning see võib muuta juhatuse liikme otsustamisvõimetuks, sest ta ei julge enam ühtegi äriotsust vastu võtta.

³⁰ Ühing võib vastutada juhatuse liikme rikkumise eest kui oma delikti eest (VÕS §§ 1043, 1045).

Lähtudes eeltoodust on käesoleva **töö eesmärgiks** leida juhatuse liikme deliktilise vastutuse mõistlikud piirid, mis ühelt poolt kaitseks võlausaldajate õigustatud huve, kuid teisalt hoiaks juhatuse liikme vastutuse raamides, mis ei pärsiks juhatuse liikme ettevõtlikkust.

Töö eesmärgi pinnalt tõstatab autor **hüpoteesi**, et Eestis on juhatuse liikme deliktiline vastutus võlausaldajatele tekitatud kahju eest liialt piiratud.

Töö eesmärgi saavutamiseks analüüsib autor alljärgnevaid uurimisküsimusi:

- Kas on põhjendatud lihtsustada vanavõlausaldaja tõendamiskoormist kvoodikahju nõuete maksmapanekul juhatuse liikme vastu, kes on rikkunud pankrotiavalduse esitamise kohustust?
- Kas pankrotiavalduse esitamise kohustuse kaitse eesmärgiks peaks olema lisaks vanavõlausaldaja kvoodikahjule ka uusvõlausaldaja usalduskahju hüvitamine?
- Kas ja millistel tingimustel on põhjendatud juhatuse liikme deliktiline vastutus võlausaldajate ees, kui juhatuse liige on jäänud äriühingu alakapitaliseerituse olukorras tegevusetuks?
- Kas ja millistel tingimustel on põhjendatud juhatuse liikme deliktiline vastutus võlausaldajate ees, kui juhatuse liige on tekitanud kahju tahtliku valeinfo esitamisega?
- Kas ja millistel tingimustel on põhjendatud juhatuse liikme otsevastutus äriühingu võlausaldaja ees *culpa in contrahendo* alusel?

4.2. Teema piiritlemine

4.2.1. Äriühingu juhatuse liige kui kahju hüvitamise kohustatud subjekt

Äriühingu mõiste on ÄS § 2 lg-s 1 defineeritud läbi erinevate äriühingute loetelu. Äriühinguteks on Eesti õiguses täisühing, usaldusühing, osaühing, aktsiaselts ja tulundusühistu, Euroopa majandushuviühing³¹ ja Euroopa äriühing (*Societas Europaea*). Äriühingute ühiseks tunnusjooneks on majandustegevuse suunatus kasumi teenimisele. Ühingu tegevuse eesmärk ei pea aga alati olema kasumi teenimisele suunatud ning sel juhul on sobivaks ühingu vormiks kas mittetulundusühing või sihtasutus. Loomulikult pole praktikas välistatud, et äriühing kasumit ei teeni või teenib hoopis kahjumit ning et mittetulundusühing teenib kasumit.

Autor on väitekirjas analüüsinud peamiselt osaühingu ja aktsiaseltsi kui enamlevinud äriühingu vormide juhatuse liikmete vastutust.³² Osaühingule ja aktsiaseltsile analoogsed ühingu vormid on olemas kõigis autori poolt väitekirja raames uuritud riikides: Saksamaal on vastavalt Gesellschaft mit bergenzter Haftung (GmbH) ja Aktiengesellschaft (AG), Inglismaal on Private Limited Company (Plc) ja Public Limited Company (Ltd) ning Hispaanias on Sociedad de Responsabilidad Limitada (Srl) ja Sociedad Anónima (SA). Olemuslikult on juhatuse liikme vastutus nii osaühingus kui ka aktsiaseltsis väga sarnane, mistõttu töös on parema loetavuse huvides juttu peamiselt osaühingu juhatuse liikme vastutusest, eeldades, et aktsiaseltsi juhatuse liikme vastutus on lahendatud samamoodi. Teisi ühingu vorme ei ole väitekirjas käsitletud eelkõige nende vähese praktilise tähenduse tõttu. Kuivõrd ülejäänud ühingu vormid on praktikas harvad, siis ka nendega seotud

³¹ Euroopa majandushuviühingu eesmärgiks ei või olla kasumi teenimine, kuid seda käsitletakse sellegipoolest äriühinguna – vt Euroopa Liidu Nõukogu määruse (EMÜ) nr 2137/85 'Euroopa majandushuviühingu kohta' rakendamise seaduse § 1 lg 3 ja § 2 lg 2.

³² Seisuga 01.01.2014.a moodustasid ca 93% kõigist Eestis registreeritud 145 971 äriühingust osaühingud. Teisele kohale jäid aktsiaseltsid ca 2,6%-ga. Statistika kättesaadav: http://www2.rik.ee/rikstatfailid/failid/tabel.php?url=14_01tg.htm (viimati vaadatud 01.02.2014).

kohtuvaidluste arv on väike. Tuleb siiski märkida, et olemuslikult saab teiste ühingu vormide puhul juhatuse liikme deliktiline vastutus erineda vaid nüanssides.³³

Vastavalt ÄS § 180 lg-le 1 on juhatus osaühingu juhtorgan, mis esindab ja juhib osaühingut.³⁴ Isiku valimisel juhatuse liikmeks toimub offerdi ja aktsepti vahetamine, mille tulemusel loetakse äriühingu ja juhatuse liikme vahel sõlmituks leping, vormist sõltumata. VÕS peamistest lepinguliikidest vastab see enim käsunduslepingu regulatsioonile (VÕS §§ 619 jj).³⁵

Väitekirjas on piiratud vaid nn de iure juhatuse liikme vastutuse uurimisega. De iure juhatuse liikmeks saab lugeda isiku, kes on kehtivalt valitud juhatuse liikmeks ja tal on kehtivad volitused. Praktikas võib aga de iure juhatuse liikme asemel või temaga paralleelselt tegutseda nn de facto juhatuse liige, kellel puuduvad juhatuse liikme volitused, kuid kes täidab õiguskäibes faktiliselt juhatuse liikme ülesandeid.

Isik võib osutada de facto juhatuse liikmeks inimliku lohakuse tõttu, sest on unustanud, et tema volituste tähtaeg on möödunud.³⁶ Samas de facto juhatuse liikme positsiooni võtmine võib olla ka teadlik valik, eriti juhul kui de facto juhatuse liige tegutseb varjatult de iure juhatuse liikme taga (näiteks ettevõtte faktiline juht, kes on seadnud oma pereemast abikaasa juhatuse liikmeks).³⁷

³³ Põhimõtteline erinevus on siiski täis- ja usaldusühingu juhtima õigustatud osaniku vastutuse osas, sest vastavalt ÄS § 101 lg 2 vastutab juhtima õigustatud osanik täisühingu ja usaldusühingu kohustuste eest solidaarselt kogu oma varaga.

³⁴ Analoogne säte aktsiaseltsi juhatuse liikme kohta ÄS § 306 lg 1.

³⁵ Eesti Riigikohtu 09.12.2008 otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-103-08. Eesti Riigikohtu lahendid kättesaadavad kodulehel: www.nc.ee (eesti keeles).

³⁶ Eesti kohtupraktika järgi ei saa juhatuse liikme ametiaega lugeda pikenenuks ainuüksi seetõttu, et isik jätkab tegutsemist juhatuse liikmena – Riigikohtu 8. oktoobri 2008. a otsus kohtuasjas nr 3-2-1-65-08.

³⁷ Fernando Martínez Sanz, *Los administradores responsables*, in Ángel Rojo, Emilio Beltrán, Ana Belén Campuzano (eds), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (4th edn, Tirant lo Blanch, España, Valencia 2011) 64-65

Peamiseks kriteeriumiks isiku lugemisel *de facto* tegutsevaks juhatuse liikmeks on tema poolt alaliselt ja iseseisvalt juhatuse funktsioonide täitmine.³⁸ Reeglina see leiab aset, kui ühingul puuduvad kehtivate volitustega juhatuse liikmed, kuid keegi siiski täidab faktiliselt juhatuse liikme ülesandeid. Samas on võimalik ühingut juhtida *de facto* ka paralleelselt ametis olevate juhatuse liikmetega, kui viimased täidavad oma rolli passiivselt või järgivad omapoolse sekkumiseta faktilise juhi korraldusi. Tegutsemiseks *de facto* juhatuse liikmena ei saa siiski pidada juhatuse üle kontrolli omavate nõukogu liikmete või aktsionäride tegevust, kes annavad kõrgemalseisva organina juhatusele täitmiseks kohustuslikke korraldusi vms.³⁹ Samuti ei saa tegutsemiseks *de facto* juhatuse liikmena üldjuhul pidada professionaalse nõustamisteenuse osutamist juhatuse liikmele ega ka nt suure võlausaldaja poolt ettevõtte tegevuse allutamist enda kontrollile.⁴⁰

Eestis on *de facto* juhatuse liikmena tegutsemise üheks tagajärjeks, et see võib tuua kaasa juhatuse liikme lepinguvälise vastutuse juriidilise isiku ees.⁴¹ Kolmandate isikute, sealhulgas äriühingu võlausaldajate ees võib selline juhatuse liige vastutada jätkuvalt deliktiõiguse alusel. Siiski tuleb silmas pidada, et kui isikul puuduvad õiguslikult volitused juhatuse liikmena tegutsemiseks, ei saa tal Eestis olla ka seadusest tulenevaid juhatuse liikme kohustusi. Näiteks formaaljuriidiliselt pole *de iure* juhatuse liikmeks mitteoleval isikul võimalik kokku kutsuda aktsionäride üldkoosolekut, kui see on vajalik negatiivse omakapitaliga seotud küsimuste lahendamiseks, samuti pole isikul sellises õiguslikus olukorras võimalik esitada võlgniku pankrotiavaldust, kui ühing on muutunud püsivalt

³⁸ Pablo Girgado Perandones, *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, Madrid, Barcelona, 2002) 183

³⁹ Fernando Sánchez Calero, Ricardo Alonso García jt, *Los administradores en las sociedades de capital* (first Publisher 2005, 2nd edn, Thomson 2007) 316

⁴⁰ Derek French, Stephen W. Mayson, Christopher L. Ryan, *Company Law* (first published 1982, 26th edn, Oxford University press 2009) 429 – 430

⁴¹ Riigikohtu 11. juuni 2008.a otsuses kohtuasjas nr 3-2-1-44-08 on leitud, et kuna kostja ei olnud alates 23. detsembrist 2003 enam hageja juhatuse liige ja ta sai teada oma juhatusest tagasikutsumisest samal kuupäeval, siis võib ta vastutada 500 000 krooni töövõtjale ülekandmisega hagejale kahju tekitamise eest lepinguvälisel alusel.

maksejõuetuks. Vaatamata õigusnäivusele, mille võib tekitada ebaõige registrikanne, puudub alus väita, et *de iure* juhatuse liikmeks mitteoleval isikul lasuks seadusest tuleneva kaitsenormi täitmise kohustus.⁴²

Seega võib asuda seisukohale, et Eestis *de facto* tegutseval juhatuse liikmel ei saa reeglina tekkida deliktiõiguslikku vastutust kolmandate isikute ees, kui potentsiaalse vastutuse aluseks on isiku tegevusetus. Tegevusetusega tekitatud kahju eest vastutamiseks peab seadusest tulenema vastav kaitsenorm või üldine käibekohustus. Sellise normi või käibekohustuse puudumisel langeb ära tegevusetuse õigusvastasus, mis on deliktiõigusliku vastutuse tekkimise üheks vältimatuks aluseks. Erandina võib *de facto* tegutseva juhatuse liikme deliktiõiguslikku vastutust jaatada olukorras, kui tema tegevusetus võib olla käsitletav ühtlasi kolmanda isiku huvide tahtliku heade kommete vastase kahjustamisena.

Lisaks juhatuse liikmele võib nimetada isikuid, kes võivad olla juhatuse liikmega sarnases positsioonis nagu näiteks likvideerija, prokurist, pankrotihaldur.⁴³ Valeinfo avaldamisel võib kõigi nende puhul tõusetuda deliktilise vastutuse küsimus analoogselt juhatuse liikme vastutusega. Siiski ei saa nt prokuristi ja pankrotihalduri puhul tõusetuda vastutuse küsimust pankrotiavalduse esitamata jätmise korral. On kaheldav, kas likvideerija puhul võiks tõusetuda vastutuse küsimus seoses ühingu alakapitaliseeritusega.⁴⁴

⁴² Erandjuhtudel ei saa välistada, et *de facto* juhatuse liikme poolt oma olukorra teadlik ärakasutamine ja pankrotiavalduse esitamata jätmine võib olla käsitletav samas tahtliku heade kommete vastase tegevusena, mis võib kaasa tuua tema vastutuse LOA § 1045 lg 1 p 8, mitte aga kaitsenormi rikkumise alusel. Vt selle kohta ka: Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Gerhard Wagner jt, *Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht, Besonderer Teil III* (vol 5, C.H. Beck, München 2009) 1925

⁴³ Vastavalt AS § 209 lg-le 1 on likvideerijatel juhatuse õigused ja kohustused, mis ei ole vastuolus likvideerimise olemusega. Vastavalt AS § 16 lg-le 1 on prokuura volitus, mis annab prokuristile õiguse esindada ettevõtjat kõikide majandustegevusega seotud tehingute tegemisel. Vastavalt art 54¹ lg-le 3 of the Estonian Bankruptcy Act (pankrotiseadus, hereinafter **BA**, State Gazette I, [2003, 17, 95](#)) võib pankrotihaldur teha juriidilisest isikust võlgniku varaga kõiki tehinguid ja õigustoiminguid.

⁴⁴ Olemuslikult on likvideerija töö suunatud ühingu likvideerimisele, s.h kapitali osanike vahel laiali jagamisele (AS § 216 lg 1). Seega tema ülesanne ongi tinglikult öeldes ühingu alakapitaliseeritus esile kutsuda, mis päädib ühingu registrist kustutamise (AS § 218 lg 1).

Vastavalt TsÜS § 31 lg-le 2 on äriühingu juhtorganiteks juhatus ja nõukogu. Nõukogu pädevus erineb olulisel määral juhatuse liikme pädevusest. Erinevalt juhatusest, nõukogul ei ole iseseisvat esinduspädevust, samuti ei tegele nõukogu ühingu igapäevase juhtimisega. Seetõttu ei saa nõukogu puhul tõusetuda uurimisküsimustes tõstatatud probleeme.⁴⁵

Väitekirjas uuritakse äriühingu *de iure* juhatuse liikme vastutust. De facto juhatuse liikme, likvideerija, pankrotihalduri, prokuristi ja nõukogu liikmete vastutuse analüüs jääb käesoleva väitekirja raamest välja.

4.2.2. Juhatus liikme tsiviilõiguslik vastutus

Juhatus liikme vastutus on väga lai teema ja omab kokkupuutepunkte erinevate õigusvaldkondadega nagu ühinguõigus, võlaõigus (lepingu- ja deliktiõigus), kriminaalõigus, maksuõigus. Seetõttu ei ole juhatuse liikme vastutuse kõikide aspektide ammendav käsitus ühe väitekirja raames võimalik ning autor piirab oma uurimust äriühingu juhatuse liikme deliktilise vastutusega võlausaldajate ees. Alljärgnevalt esitab autor teema piiritlemise huvides kompleksse lühiülevaate juhatuse liikme tsiviilõiguslikust vastutusest.

Juhatus liike tsiviilõigusliku vastutuse all on silmas peetud tema kahju hüvitamise kohustust. Kahju hüvitamise kohustus võib tekkida juhatuse liikme kohustuste rikkumisest sise- või välissuhtes.

⁴⁵ Nõukogul ei ole seadusest tulenevalt pankrotiavalduse esitamise kohustust, samuti pole nõukogul otsest kohustust ühingu alakapitaliseerituse olukorras. Teoreetiliselt võiks nõukogu liige vastutada valeandmete esitamise eest, kuid kuivõrd nõukogul puudub ühingu esindusõigus, ei saa praktikas seda reeglina ette tulla, et nõukogu liige nt sõlmib ühingu nimel tehingu (see võib kõne alla tulla, kui nõukogu liikmele on väljastatud eraldi volitus, kuid siis ta ei täida enam nõukogu tavapäraseid funktsioone).

Juhatuse liikme sisesuhtel põhinevad üldised kohustused tulenevad TsÜS §-st 35, mille kohaselt juriidilise isiku juhtorgani liikmed peavad oma seadusest või põhikirjast tulenevaid kohustusi täitma juhtorgani liikmelt tavaliselt oodatava hoolega ja olema juriidilisele isikule lojaalsed. Samu kohustusi on loetletud ka käsunduslepingut puudutavas regulatsioonis (VÕS § 620).

Nagu ülal märgitud, põhineb juhatuse liikme ja ühingu vaheline sisesuhe (käsundus)lepingul ning järelikult ka juhatuse liikme vastutus saab olla eelkõige lepinguline. TsÜS § 35 ja VÕS § 620 määratlevad juhatuse liikme üldised lepingulised kohustused, mille rikkumisega võib kaasneda juhatuse liikme sisesuhtel põhinev vastutus. Kuivõrd juhatuse liikme üldised kohustused kehtivad vaid selle ühingu suhtes, mille juhatuse liige ta on, ei saa kolmandad isikud viidata juhatuse liikme hoolsuskohustuse rikkumisele võlausaldaja suhtes. Seda toetab mh ka TsÜS § 31 lg 5, mille kohaselt juriidilise isiku organi tegevus loetakse juriidilise isiku tegevuseks. Järelikult juhatuse liige saab reeglina vastutada vaid lepingulisel alusel ühingu ees ning kolmandate isikute suhtes loetakse juhatuse liikme tegevus ühingu tegevuseks.

TsÜS § 37 lg 2 järgi on võlausaldajal küll võimalik esitada juhatuse liikme vastu hagi, kuid seejuures on nõude esemeks ühingule (mitte võlausaldajale) tekitatud kahju ning selle kahju hüvitamist saab nõuda ühingu, mitte võlausaldaja kasuks.⁴⁶ Lisaks on sellise nõude esitamise eelduseks asjaolu, et võlausaldaja ei ole saanud rahuldada oma nõudeid ühingu vara arvel, mis tähendab, et praktikas esitavad taolisi nõudeid üldjuhul pankrotihaldurid. Materiaalõiguslikult ei erine see nõue millegi poolest ühingu lepingulisest nõudest juhatuse liikme vastu. Erisus on eelkõige protsessuaalne, võimaldades võlausaldajal esitada

⁴⁶ ÄS-s täpsustab seda nõudealust OÜ puhul ÄS § 187 lg 4 ja 5 ning AS puhul ÄS § 315 lg 4 ja 5.

kahjunõue ühingu asemel, kui ühing peaks mingil põhjusel nõude esitamisest keelduma või viivitama nõude esitamisega.⁴⁷

Juhatuse liikme sisesuhtel põhinev lepinguline vastutus jääb väitekirja analüüsist välja.

Eeltoodu siiski ei tähenda, et juhatuse liikmel poleks kolmandate isikute suhtes üldse mingeid kohustusi. Juhatuse liige peab hoiduma teiste isikute elu, tervise ja vara kahjustamisest, ta peab täitma seaduses sätestatud kaitsenormidest tulenevaid kohustusi, ta ei tohi kahjustada kolmandaid isikuid tahtlikult heade kommete vastaselt. Nimetatud kohustuste rikkumine võib kaasa tuua juhatuse liikme deliktilise vastutuse kolmandate isikute ees.

Juhatuse liikme deliktilise vastutuse all on silmas peetud lepingul mittepõhinevat vastutust kolmanda isiku kahjustamise eest. Käesoleva väitekirja raames uuris autor järgmisi juhatuse liikme deliktiõigusliku vastutuse juhtumeid:

- **Kaitsenormi rikkumine.** VÕS § 1045 lg 1 p 7 kohaselt on kahju tekitamine õigusvastane, kui kahju tekitati seadusest tulenevat kohustust rikkuva käitumisega. Õiguskirjanduses on selliseid kohustusi sätestavaid norme nimetatud ka kaitsenormideks.⁴⁸ Kaitsenormide kriteeriumid on seaduses ja õiguskirjanduses vaid väga üldiselt paika pandud. Kaitsenorm peab sätestama kaitstava huvi ja selle kaitsmise viisi ning ühtlasi peab kaitsenormist enesest või selle eesmärgist tulenema piisava konkreetsusega kaitstav adressaat.⁴⁹ Lõpliku hinnangu sellele, kas tegu on kaitsenormiga või mitte, annab kohtupraktika.⁵⁰ Kuivõrd kohtupraktika on

⁴⁷ Maivi Ots, Äriühingu juhtorgani liikme vastutus äriühingu võlausaldaja ees (magistritöö, 2006) 44, 75

⁴⁸ Paul Varul, Irene Kull et al, Võlaõigusseadus III, Kommenteeritud väljaanne (Tallinn, Juura 2009) 650

⁴⁹ Ingo Drescher, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers (7th edn, Köln, RWS Verlag Kommunikationsforum 2013) 227

⁵⁰ Nt on Riigikohtu kriminaalkolleegium oma 03.06.2011 otsuses nr 3-1-1-41-11, leidnud, et alusetute pangaülekannete väljapetmine võib olla õigusvastane VÕS § 1045 lg 1 p 7 ning art 209 (fraud) of Estonian Penal Code (karistusseadustik, hereinafter **PC**, State Gazette I, [2001, 61, 364](#)) kui deliktiõigusliku kaitsenormi alusel. Vt ka Riigikohtu kriminaalkolleegiumi 30.11.2009. a otsus asjas nr 3-1-1-101-09.

selles osas pidevas muutumises ja arenemises, siis kaitsenormide ammendavat kataloogi on siinkohal keeruline esitada⁵¹ ja see pole ka väitekirja eesmärgiks.

Väitekirjas on analüüsitud ühte peamist võlausaldajate kaitseks kehtestatud kaitsenormi – ÄS § 180 lg 5¹ esimest lauset,⁵² mis sätestab püsivalt maksejõuetuks muutunud osaühingu juhatuse liikmele pankrotiavalduse esitamise kohustuse. Kuigi nimetatud sättest ei tulene otseselt kaitstav adressaat, on kohtupraktikas asutud seisukohale, et pankrotiavaldus tuleb esitada eelkõige võlausaldajate huvides.⁵³

Lisaks on väitekirjas uuritud juhatuse liikme deliktilise vastutuse võimalikkust VÕS § 1045 lg 1 p 7 alusel ühingu alakapitaliseerituse olukorras.

- **Tahtlik heade kommete vastane käitumine.** Vastavalt VÕS § 1045 lg 1 p-le 8 on kahju tekitamine õigusvastane, kui see on tekitatud tahtliku heade kommete vastase käitumisega.

Väitekirjas on käsitletud juhatuse liikme deliktilise vastutuse võimalikkust tahtlikku heade kommete vastase käitumise korral eelkõige valeinfo avaldamise kontekstis. Samal ajal on VÕS § 1045 lg 1 p 8 universaalne norm, mis rakendub kõikidel juhtudel, kui juhatuse liige on käitunud tahtlikult ja vastav käitumine on heade kommetega vastuolus. Tegu on normiga, mis võimaldab esitada kahjunõue juhtudel, kui muu efektiivne alus kahjunõude esitamiseks puudub, kuid juhatus on tahtlikult tekitanud ebaõiglase olukorra, mis on vastuolus ausa ja õiglaselt mõtleva isiku tõekspidamisega.⁵⁴ Autor ei ole pidanud vajalikuks analüüsida kõiki olukordi,

⁵¹ Näiteid kaitsenormide kohta vt nt: Rolf Stürner, Arndt Teichmann et al, Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar (15th edn, C.H.Beck 2014) § 823, Rn 43-45.

⁵² Aktsiaseltsi puhul ÄS § 306 lg 3¹

⁵³ Riigikohtu 22.09.2005 otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-79-05; Riigikohtu 17.12.2009 otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-150-09.

⁵⁴ Umbes nii on püütud heade kommete vastast käitumist defineerida Saksa õiguskirjanduses (saksa k: *'Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden'*). Vt: Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht, Besonderer Teil III*

kus juhatuse liige võiks deliktiliselt vastutada tahtliku heade kommete vastase käitumise puhul – erinevate heade kommete vastase käitumisega seotud kaasuste faktoloogia ei mõjuta VÕS § 1045 lg 1 p-st 8 tuleneva vastutuse olemust; pealegi ei ole kõigi heade kommete vastase käitumise juhtumite kataloogi koostamine kohtupraktika pideva arenemise tõttu niikuinii võimalik.

- **Culpa in contrahendo**. Autor on lisaks analüüsinud juhatuse liikme kui ühingu esindaja vastutust valeinfo avaldamise eest *c.i.c* alusel. On vaieldav, kas tegu on pigem lepingulise, lepinguvälise (deliktilise) või hoopis nn usaldusvastutusel põhineva vastutusega.⁵⁵ Autor ei ole väitekirjas analüüsinud *c.i.c* vastutuse õiguslikku olemust, vaid küsimust, kas juhatuse liige võib vastaval alusel kolmanda isiku ees vastutada.

Käesolevas väitekirjas ei käsitleta juhatuse liikme vastutust absoluutsete õigushüvede kahjustamise eest VÕS § 1045 lg 1 p-de 1 ja 2 alusel, mille kohaselt on kahju tekitamine õigusvastane, kui põhjustatakse isiku surm või kahjustatakse tema tervist. Kui juhatuse liige tekitab teisele isikule kehavigastuse, siis ta vastutab oma delikti eest sõltumata oma ametiseisundist. Teatud juhtudel võib isiku elu või tervise kahjustamine olla seotud ka spetsiifiliselt juhatuse liikme ametikohustuste täitmisega. Nt kui juhatuse liige otsustab paisata käibesse äriühingu toote, mille kohta ta teab, et see võib põhjustada tervisekahjustusi (on mürgine), tekib küsimus, kas juhatuse liikme vastutusele võtmiseks peab kannatanu ikkagi leidma kaitsenormi või tõendama, et juhatuse liige on käitunud

[*Commentary of the Civil Code, Civil Law, Special Part III*], 4th edn., vol. 5, (München: C. H. Beck, 2004), p. 1898.

⁵⁵ Eestis on antud küsimust põhjalikumalt uurinud Urmas Volens oma dissertatsioonis (vt n 19). Volensi järgi tuleks *c.i.c* vastutust käsitleda eraldiseisva usaldusvastutusena lepingulise ja lepinguvälise vastutuse kõrval. Riigikohus on 05.06.2013.a otsuses tsiviilasjas nr 3-2-1-62-13 leidnud, et *c.i.c* aluseks olev VÕS § 14 loob läbirääkimisi pidavate isikute vahel seadusest tuleneva võlasuhte, millest tulenevate kohustuste rikkumise eest vastutab kohustust rikkunud isik VÕS § 115 alusel. Samas VÕS § 14 lg-te 1 ja 2 järgsed kohustused ei laiene Riigikohtu arvates mitte üksnes isikutele, kelle nimel läbirääkimisi peetakse, vaid ka nende esindajatele. Poole esindajana läbirääkimistel osalenud isiku vastutus nende kohustuste rikkumise eest ei põhine aga VÕS §-l 115, vaid VÕS §-l 1043 ja § 1045 lg 1 p-l 7, st on deliktiline.

tahtlikult ja heade kommete vastaselt? Aktiivse käitumisega kannatanu surma või tervisekahjustuse põhjustanud juhatuse liige võiks vastutada ainuüksi juba sel alusel, et tema käitumine on põhjustanud isiku surma või tervisekahjustuse.⁵⁶

Väitekirja raamest jääb välja ka küsimus juhatuse liikme võimalikust deliktilisest vastutusest üldiste käibekohustuste rikkumise korral.⁵⁷

Deliktilise vastutuse puhul on põhjust rääkida eraldi vastutuse eeldustest ja vastutuse ulatusest (s.o kahjunõude suurusest). Väitekirjas on keskendutud peamiselt vastutuse eeldustele, kuid mõnel juhul on probleemi käsitlemiseks olnud tarvis pöörata tähelepanu ka nõude ulatusele (juhatuse liikme pankrotiavalduse esitamise kohustuse rikkumisel).

Väitekirja piirdub vaid juhatuse liikme deliktilise vastutuse analüüsiga, mistõttu ei uurita eraldi haldusõiguslikku (maksuõiguslikku) ega kriminaalõiguslikku vastutust. Siinkohal väärrib lühidalt märkimist, et Riigikohus on tunnustanud juhatuse liikme deliktilise vastutuse võimalikkust, kui maksuvõlg jääb tasumata juhatuse liikme pankrotiavalduse esitamise kohustuse rikkumise tõttu (VÕS § 1045 lg 1 p 7 ja ÄS § 180 lg 5¹).⁵⁸ Riigikohus on viidatud lahendis märkinud, et „*ÄS § 180 lg-1 5¹ on samasugune toime nii eraõiguslikest suhetest tulenevate kohustuste võlausaldajate nõuete kaitsel kui ka riigi maksunõude kaitsel. Seetõttu ei ole põhjust kohaldada nimetatud sätet erinevate nõuete puhul kaitsenormina erinevalt.*“

⁵⁶ Nt Saksamaal vastutab juhatuse liige kolmandate isikute ees, kui tema vastutusvaldkonda jäävate otsuste hooletul elluviimisel tekitatakse tervisekahjustus. Gert Brüggemeier, *Common Principles of Tort Law. A Pre-statement of Law* (The British Institute of International and Comparative Law 2004, London) 148. Hispaanias võib kõne alla tulla juhatuse liikme deliktiline vastutus ka juhul, kui tervisekahjustus või isiku surm põhjustati tegevusetusega. Nii on nt jaatatud kohtupraktikas kaevandusfirma juhatuse liikmete deliktiõiguslikku vastutust olukorras, kus nad ei rakendanud piisavaid ettevaatusabinõusid kahju ärahoidmiseks, kui üks alaealine ronis mahajäetud kaevanduse territooriumile ja sai seal asuvate seadmetega kokkupuutes vigastada. Kohus märkis, et juhatuse liikmed olid raskelt hooletud, jättes kaevanduse valveta, tarastamata ja hoiatussillideta. Sellega rikkusid juhatuse liikmed kohtu arvates üldisi ohutuse ja kolmandate isikute kaitse nõudeid. STS 22.01.2004 (RJ, 2004/207).

⁵⁷ Vt selle kohta: Iko Nõmm, Käibekohustuse rikkumisel põhinev deliktiõiguslik vastutus (dissertatsioon, Tartu Ülikool 2013) 83, 88

⁵⁸ Riigikohtu 25.02.2013.a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-188-12.

Kriminaalõigusliku vastutuse osas märgib autor, et see võib deliktilise vastutusega läbi põimuda olukorras, kui kuriteokoosseisu sätestav norm on ühtlasi tunnistanud võlausaldajaid kaitsvaks kaitsenormiks VÕS § 1045 lg 1 p 7 tähenduses.⁵⁹

4.2.3. Äriühingu võlausaldaja kui kahju hüvitamise õigustatud subjekt

Väitekirjas on uuritud juhatuse liikme vastutust äriühingu võlausaldajate ees. Äriühingu võlausaldajaks on igasugune kolmas isik, kellel on nõue selle ühingu vastu. Nii võib võlausaldajaks olla isik, kellel on lepi*ngust tulenev rahaline nõue (nt laenu-, üüri- või müügilepingust tulenev nõue). Võlausaldajaks võib olla ka isik, kelle on lepingust tulenev mitterahaline täitmisenõue (nt müügilepingust tulenev asja üleandmise nõue). Võlausaldajaks võib olla ka isik, kellel on lepingu rikkumisest või lepinguvälisest võlasuhtest tulenev (kahju)nõue ühingu vastu.

Võlausaldajaks võib olla nii füüsiline kui juriidiline isik, kusjuures juriidiline isik võib olla eraõiguslik ja avalik-õiguslik. Avalik-õiguslikke juriidilisi isikuid on peetud võlausaldajaks väitekirja tähenduses siiski vaid juhul, kui sellel isikul on tsiviilõiguslik nõue ühingu vastu. Nagu ülal märgitud, võib avalik-õigusliku juriidilise isiku tsiviilõiguslik kahjunõue tuleneda ka nt maksunõude väärtuse vähenemisest.⁶⁰

Osanikud/aktsionärid võivad olla ühingu võlausaldajaks juhul, kui neil on nõue ühingu vastu. Osaniku/aktsionäri investering ühingu kapitali ei muuda teda ühingu võlausaldajaks väitekirja mõistes. Vastavalt ÄS § 157 lg 4 kohaselt on osanikul õigus nõuda oma osale vastava dividendi väljamaksmist üksnes juhul, kui see on osanike otsusega ette nähtud.⁶¹

⁵⁹ Nt on Riigikohus tunnistanud oma 03.06.2011 otsuses nr 3-1-1-41-11 lahendis kelmuse (KarS § 209) kaitsenormiks.

⁶⁰ N 58.

⁶¹ Aktsionäride kohta on analoogne säte ÄS § 279 lg 1.

Väitekirjas ei ole lähemalt analüüsitud juhatuse liikme deliktilist vastutust ühingu osanike/aktsionäride ees, v.a juhul, kui osanik/aktsionär on samaaegselt ühingu võlausaldajaks. Vastavalt TsÜS §-le 32 peavad juriidilise isiku osanikud, aktsionärid või liikmed, samuti juriidilise isiku juhtorganite liikmed omavahelistes suhetes järgima hea usu põhimõtet ja arvestama üksteise õigustatud huve. Selle õigussuhte olemus on vaieldav (kas tegu on lepinguvälise, lepingulise või hoopis mingi vahepealse kvaasilepingulise suhtega)⁶² ning see küsimus vääriks käsitlemist eraldi väitekirjas, jäädes käesoleva väitekirja raamest välja. Seetõttu autor ei uuri eraldi juhatuse liikme vastutust osanike/aktsionäride ees, kes ei ole samaaegselt ühingu võlausaldajad.

⁶² Paul Varul, Irene Kull et al, Tsiviilseadustiku üldosa seadus, Kommenteeritud väljaanne (Tallinn, Juura 2010) 114

5. Kaitsmisele esitatavad väited

5.1. Pankrotiavalduse esitamise kohustust rikkunud juhatuse liikme kohustus hüvitada võlausaldajatele tekitatud kahju

5.1.1. Vanavõlausaldajate kvoodikahju hüvitamine

Probleemi kirjeldus

Vastavalt ÄS § 180 lg-le 5¹ on juhatuse liikmel kohustus hiljemalt 20 päeva jooksul osaühingu püsiva maksejõuetuse ilmnemisest esitada kohtule pankrotiavaldus.⁶³ Kohtupraktikas⁶⁴ on vastav norm tunnistatud võlausaldajaid kaitsvaks kaitsenormiks VÕS § 1045 lg 1 p 7 mõistes, mis võimaldab võlausaldajal esitada normis sätestatud kohustust rikkunud juhatuse liikme vastu deliktiline kahjunõue.

Võlausaldajate puhul, kelle nõuded olid olemas ühingu maksejõuetuse tekkimise hetkel (nimetatud ka vanavõlausaldajateks), on ÄS § 180 lg 5¹ eesmärgiks kaitsta ühingu varamassi vähenemisest tingitud kahju tekkimist. Kui juhatuse liige rikub pankrotiavalduse esitamise kohustust, on vanavõlausaldajal õigus esitada juhatuse liikme vastu nõue kvoodikahju hüvitamiseks, mille suuruse arvutamiseks tuleb välja selgitada, kui suures summas oleks õnnestunud vastava võlausaldaja nõuet rahuldada pankrotiavalduse õigeaegsel esitamisel, ning võrrelda seda tegelikult hüvitamisele kuuluva summaga –

⁶³ Juriidiliste isikute kohta käiv üldnorm pankrotiavalduse esitamiseks tuleneb TsÜS §-st 36. Osaühingu juhatuse liikme pankrotiavalduse esitamise kohustus tuleneb ÄS § 180 lg-st 5¹ ning aktsiaseltsi juhatuse liikmel on analoogne kohustus tulenevalt ÄS § 306 lg-st 3¹.

⁶⁴ Riigikohtu 06.05.2003.a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-45-03.

hüpoteetilise ja tegeliku nõude rahuldamise ulatuse vahe ongi kvoidikahju, mille hüvitamist võib juhatuse liikmelt nõuda.⁶⁵

Kvoidikahju arvutamise aluseks oleva nõude rahuldamise hüpoteetilise ulatuse hindamiseks on vaja välja selgitada kaks peamist asjaolu: millal tekkis ühingu püsiv maksejõuetus (sellest sõltub juhatuse liikme pankrotiavalduse esitamise kohustuse tekkimise hetk) ja milline oli ühingu varade ja kohustuste täpne maht pankrotiavalduse esitamise kohustuse tekkimise hetkel (sellest sõltub võlausaldaja nõude hüpoteetilise rahuldamise ulatus).

Eelnimetatud asjaolusid on võimalik võrdlemisi lihtsalt tõendada, kui ühingu raamatupidamist on maksejõuetuse tekkimise eelsel ja järgsel perioodil peetud korrektselt. Kuivõrd juhatuse liikme jaoks on aga sel hetkel tegu kriisisituatsiooniga, siis mõistetavalt ei pruugi raamatupidamise korraldamine olla sel ajal tema prioriteediks, veelgi enam, pahatihti on raamatupidamise korraldamata jätmine juhatuse liikme teadlik valik, sest see võib raskendada hiljem tema tsiviilõiguslikule vastutusele võtmist. Lisaks raamatupidamise ebarahuldavale korraldamisele võib praktikas esineda ka raamatupidamisdokumentide hävitamist, varjamist, moonutamist ja võltsimist (nt tagantjärele loomist). Samuti võib juhatuse liikme tsiviilõiguslikule vastutusele võtmist raskendada tema poolt PaS §§-des 85 – 87 sätestatud kohustuste rikkumine (teabe andmise kohustus, vande andmise kohustus, pankrotimenetlusest osavõtu kohustus).

Kuigi juhatuse liige võib kanda raamatupidamise korraldamise kohustuse rikkumise eest kriminaalvastutust, samuti võib kohus PaS §§-des 85 – 87 sätestatud kohustuste rikkumise eest trahvida juhatuse liiget või rakendada tema suhtes sundtoomist või aresti, ei oma need

⁶⁵ Vastavalt VÕS § 127 lg-s 1 sätestatud diferentsihüpoteesi põhimõttele on kahju hüvitamise eesmärk kahjustatud isiku asetamine olukorda, mis on võimalikult lähedane olukorrale, milles ta oleks olnud, kui kahju hüvitamise kohustuse aluseks olevat asjaolu ei oleks esinenud.

rikkumised juhatuse liikme tsiviilõiguslikule vastutusele sisuliselt mingit negatiivset mõju, vastupidi, võlausaldaja tõendusliku positsiooni nõrgenemisega langeb ka juhatuse liikme vastu esitatud hagi rahuldamise tõenäosus. See tekitab praktikas vastuolulise olukorra, kus pankrotiavalduse kohustust rikkunud juhatuse liige on motiveeritud raamatupidamisandmete varjamiseks, sest võimalik tsiviilõiguslik vastutus kaalub sageli üles kriminaalõigusliku vastutuse riski.⁶⁶

Statistika kohaselt lõpeb Eestis 58% pankrotiasjadest raugemisega pankrotti välja kuulutamata. Sellele lisandub veel 6% juhtudest, kui menetlus lõpeb raugemisega peale pankroti väljakuulutamist. Võlausaldajate seisukohast tähendab see, et nende nõuded jäävad raugemise korral täielikult rahuldamata. Nende pankrotimenetluste puhul, mis jõuavad jaotusettepaneku esitamiseni (s.o kokku 36%), saavad võlausaldajad ca 2/3 juhtudel oma nõuetele rahuldust alla 20% ulatuses nende kaitstud nõuetest. Vaid 9% juhtudest on võlausaldajad saanud üle 50% oma nõudest rahuldatud (eeltoodud andmed sisaldavad ka pandiga tagatud nõudeid).⁶⁷ Pole alust eeldada, et ühelgi raugemise juhtumil ei esinenud ühtegi juhatuse liikme poolset kuritarvitust, pigem vastupidi võib eeldada, et

⁶⁶ Nt KarS §381¹ järgi karistatakse raamatupidamiskohustuse rikkumise eest rahalise karistuse või kuni üheaastase vangistusega. KarS § 44 lg 1 järgi võib kohus kuriteo eest mõista rahalise karistuse kolmkümmend kuni viissada päevamäära. KarS § 44 lg 2 järgi on rahalise karistuse miinimumpäevamäära suurus 3,20 eurot (kui süüdimõistetu tegelik sissetulek on kõrgem, siis arvutatakse päevamäär vastavalt tema päevasissetuleku alusel). Seega kui lähtuda rahalise karistuse miinimumpäevamäärast, võib juhatuse liikme rahaline karistus raamatupidamise kohustuse rikkumise eest jääda vahemikku 96 eurot kuni 1600 eurot. Üldjuhul reaalset vangistust raamatupidamise kohustuse rikkumise eest ei mõisteta, vaid piirdatakse tingimisi karistamisega. Nt mõistis Harju Maakohus oma 14.12.2010.a otsusega kriminaalasjas nr 1-10-15520 süüdimõistetu KarS § 381¹ alusel üksnes rahalise karistuse summas 759 eurot (Eesti I ja II astme kohtulahendid kättesaadavad kodulehel:

https://www.riigiteataja.ee/kohtuteave/maa_ringkonna_kohtulahendid/main.html (eesti keeles)). Kui tsiviilõiguslikult võib juhatuse liikme vastutus ulatuda sadadesse tuhandetesse või isegi miljonitesse eurodesse, võib tal mõistatavalt tekkida kiusatus riskida kriminaalkaristusega, kui see võimaldab samaaegselt (tõendamatus tõttu) vabaneda tsiviilõiguslikust vastutusest.

⁶⁷ Riigikantselei poolt tellitud Maksejõuetuse menetlemise tõhususe uuring perioodi kohta 01.01.2004.a – 30.06.2012.a. Uuring on läbi viidud AS PricewaterhouseCoopers Advisors poolt ning on kättesaadav: <http://www.just.ee/orb.aw/class=file/action=preview/id=58338/Maksej%F5uetuse+menetlemise+t%F5hususe+uuring.pdf> (last accessed on 27.03.2014).

kui võlausaldajate nõuded jäävad 100% ulatuses rahuldamata, on juhatuse liige arvatavasti rikkunud pankrotiavalduse õigeaegse esitamise kohustust.⁶⁸

Kuigi teoreetiliselt on võlausaldajal võimalik ÄS § 180 lg 5¹ sätestatud kohustuse rikkumisel esitada juhatuse liikme vastu deliktiline kahjunõue, jäetakse praktikas sellised hagid tõendamatusse tõttu sageli rahuldamata.⁶⁹ Õigem oleks isegi öelda, et kuivõrd hagejal on sellistes vaidlustes kehtiva kohtupraktika järgi väga kõrge tõendamiskoormis, siis sageli võlausaldajad loobuvad kohtusse pöördumisest.⁷⁰ Olgugi, et nii VÕS § 127 lg 6 kui ka tsiviilkohtumenetluse seadustiku (CCP)⁷¹ § 233 võimaldavad raskesti tõendatavate kahjunõuete puhul lähtuda kahju suuruse kindlaksmääramisel kohtu siseveendumusest kõiki asjaolusid arvestades, ei toeta kehtiv kohtupraktika kohtu diskretsiooni ulatuslikku rakendamist vanavõlausaldajate kvoodikahju nõuete rahuldamisel.⁷²

Eeltoodu põhjal võib väita, et vanavõlausaldajate võimetus oma deliktilisi nõudeid juhatuse liikme vastu kohtulikult maksma panna on majanduskäibes ulatuslik probleem.

Kaitsmisele kuuluv väide

⁶⁸ Juhatuse liikmete sagedasele pahatahtlikule viivitamisele pankrotiavalduse esitamisel on viidatud ka AS PricewaterhouseCoopers Advisors uuringus. N 67.

⁶⁹ Nt jättis Harju Maakohus oma 28.09.2012.a otsusega tsiviilasjas nr 2-09-67882 tõendamatusse tõttu rahuldamata deliktilise nõude juhatuse liikme vastu, kuigi otsuse kirjeldavast osast on ilmne, et tegu võis olla juhatuse poolse kuritarvitusega. Tallinna Ringkonnakohus jättis 30.04.2013.a otsusega eelviidatud maakohtu otsuse muutmata.

⁷⁰ Kohtulahendite andmebaasi kohaselt on 2012.a – 2013.a jooksul tehtud vaid kolm lahendit, milles võlausaldajad on nõudnud juhatuse liikmelt ÄS § 180 lg 5¹ ja VÕS § 1045 lg 1 p 7 alusel kahju hüvitamist. Neist Tartu Ringkonnakohtu 29.04.2013.a otsusega tsiviilasjas nr 2-10-58837 on võlausaldaja nõue rahuldatud. Harju Maakohtu 23.02.2012.a otsusega tsiviilasjas nr 2-10-10257 ja Harju Maakohtu 28.09.2012.a otsusega tsiviilasjas 2-09-67882 on aga jäetud võlausaldajate nõuded tõendamatusse tõttu rahuldamata.

⁷¹ Code of Civil Procedure (tsiviilkohtumenetluse seadustik. State Gazette I, [2005, 26, 197](#)).

⁷² Pooled vaidlevad sageli kahju üle ning isegi kui kohtule on esitatud kahju suuruse kohta piisavalt tõendeid, lähtub kohus otsuse tegemisel teatud määral alati oma siseveendumusest, mistõttu eraldi viite tegemine TsMS §-le 233 pole iga kord vajalik. Väitekirjas on siiski peetud silmas olukorda, kus kahju kohta pole üldse tõendeid või tõendid on selgelt ebapiisavad. Samal ajal muud asjaolud kogumis viitavad sellele, et kahju on igal juhul tekitatud. Autor ei ole Eesti kohtulahendite andmebaasist leidnud ühtegi lahendit, milles kohus oleks kvoodikahju suuruse määramisel lähtunud otseselt VÕS § 127 lg-st 6 ja/või TsMS §-st 233.

Kvoodikahju nõuete maksmapanek on hageja suure tõendamiskoormise tõttu Eestis liiga keeruline, mistõttu tuleks hageja olukorra lihtsustamiseks kaaluda teatud tingimustel tõendamiskoormise ümberpööramist või kohtute diskretsiooni suurendamist.

Põhjendus

Kehtivas õiguses võimaldab kohtute suurema diskretsiooni rakendamist VÕS § 127 lg 6, mis sätestab, et kui kahju tekitamine on kindlaks tehtud, kuid kahju täpset suurust ei saa kindlaks teha, muu hulgas mittevaralise kahju tekitamise ja tulevikus tekkiva kahju korral, otsustab hüvitise suuruse kohus. Nagu sätte sõnastus ütleb, rakendub säte eelkõige mittevaralise ja tulevikus tekkiva kahju korral. Muudel juhtudel (s.h kvoodikahju tuvastamisel) võiks eeldada, et VÕS § 127 lg 6 rakendamine on võimalik pigem erandlikel asjaoludel. Samuti on VÕS § 127 lg 6 rakendamine välistatud, kui kahju tekkimise fakt iseenesest on vaieldav.

Lisaks sätestab TsMS § 233 lg 1, et kui menetluses on tuvastatud kahju tekitamine, kuid kahju täpset suurust ei õnnestu kindlaks teha või selle kindlakstegemine oleks seotud eriliste raskustega või ebanõistlikult suurte kuludega, muu hulgas kui tegemist on mittevaralise kahjuga, otsustab kohus kahju suuruse oma siseveendumuse kohaselt kõiki asjaolusid arvestades. Kuigi TsMS § 233 lg 1 sõnastus erineb VÕS § 127 lg 6 sõnastusest, on kirjanduses asutud seisukohale, et tegu on dubleeriva sättega ning kvalitatiivselt see midagi juurde ei anna.⁷³

Nagu ülal märgitud, ei ole Eesti kohtud autorile teadaolevalt vanavõlausaldaja kvoodikahju vaidlustes VÕS § 127 lg 6 ja TsMS § 233 rakendanud ning kvoodikahju tõendamatuse korral on vastavad võlausaldajate hagid juhatuse liikme vastu jäetud rahuldamata. Samuti

⁷³ Paul Varul, Irene Kull et al, Võlaõigusseadus I, Kommenteeritud Väljaanne (Tallinn, Juura 2006) 448

ei ole Eesti kohtud autorile teadaolevalt antud olukorras rakendanud seni ka tõendi varjamise või hävitamisega seotud tõendamiskoormise ümberpööramise reegleid.⁷⁴ See loob ebaõiglase olukorra, kus juhatuse liiget pole võimalik tsiviilõiguslikult vastutusele võtta, kui ta on jätnud raamatupidamise olulises ulatuses korraldamata.

Seetõttu tuleks autori arvates otsida lahendusi, mis lihtsustaks kvoodikahju hüvitamise nõuete esitamist pankrotiavalduse esitamise kohustust rikkunud juhatuse liikme vastu ning kaitseks seeläbi suuremal määral võlausaldajate huve.

Võrdlusriikidest Saksamaal on juhatuse liikme vastutus kvoodikahju (Saksa k *Quotenschaden*) osas üldjoontes sarnaselt reguleeritud. Pankrotiavalduse esitamise kohustuse rikkumisel on võimalik esitada juhatuse liikme vastu art 15a(1) of German Insolvency Act (**InsO**)⁷⁵ ja art 823(2) of BGB alusel deliktiline kahjunõue, mille suurus arvutatakse diferentsihüpoteesi põhjal.⁷⁶ Erinevalt Eestist ei saa seda nõuet esitada võlausaldajad otse, vaid pankrotihaldur esitab vastava nõude juhatuse liikme vastu. Vaid pankrotimenetluse lõppemisel, s.h raugemise tõttu, võivad võlausaldajad hageda juhatuse liiget otse.⁷⁷ See toob kaasa teatud menetluslikku laadi erisused võrreldes Eesti õigusega. Kui Eestis nõuab konkreetne võlausaldaja vaid talle tekitatud kvoodikahju hüvitamist, siis Saksamaal nõuab haldur kõikide vanavõlausaldajate kvoodikahju hüvitamist kokku.

Erinevalt Eestist on Saksamaal küllalt ulatuslik kohtupraktika tõendite varjamise juhtumitel (obstructing the obtaining of evidence). Kui isik hävitab või varjab tõendeid,

⁷⁴ Vastavalt TsMS §§-dele 283 ja 284 võib hageja väited dokumendi olemuse ja sisu kohta lugeda tõendatuks, kui kostja keeldub temalt väljanõutava (raamatupidamis)dokumendi esitamisest, on selle kõrvaldanud või muutnud kasutamiskõlbmatuks. Eestis vastava kohtupraktika puudumise tõttu pole teada, kas ja kuidas võiksid antud sätted rakenduda juhatuse liikme deliktilise vastutuse kaasustes raamatupidamisdokumentatsiooni kui terviku varjamise suhtes, samuti kas nimetatud sätteid oleks võimalik analoogia raames rakendada juhul, kui dokumente pole varjatud ega kõrvaldatud, kuid raamatupidamist polegi algusest peale peetud.

⁷⁵ German Bankruptcy Act (Insolvenzordnung, Federal Law Gazette I p. 2866).

⁷⁶ Daniel Möritz, Haftung des Managements und Drittschutz (Nomos 2011) 121 et seq

⁷⁷ Felix Steffek, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft (Mohr Siebeck 2011) 445-446

mis muudab teise poole jaoks teatud asjaolude tõendamise võimatuks, võib sõltuvalt asjaoludest teise poole tõendamiskoormis Saksa kohtumenetluses lihtsustuda või isegi ümber pöörduda.⁷⁸ Nii on Saksa kohtupraktikas korduvalt tunnustamist leidnud, et kui juhatuse liige on rikkunud seadusest tulenevaid raamatupidamise korraldamise ja säilitamise nõudeid, mis muudavad võlausaldaja hagi aluseks olevate asjaolude tõendamise keeruliseks, võidakse maksejõuetuse eeldused lugeda tõendatuks.⁷⁹ Siiski autorile pole teada, et Saksa kohtud oleks kasutanud tõendamiskoormise ümberpööramist ka vanavõlausaldaja kvoodikahju suuruse osas, mistõttu kvoodikahju kaasused on Saksamaal harva edukad.⁸⁰ Samuti näib, et nõuete koondamine halduri kätte ei anna iseenesest paremat tulemust võrreldes sellega, kui iga võlausaldaja saab nõude maksma panna iseseisvalt. Halduril puudub motivatsioon täiendava kohtuvaidluse algatamiseks ning võlausaldajad ei soovi finantseerida menetlust (kui pesas puuduvad vahendid), mille tulemist on neil lootus vaid väiksele mürdosale potentsiaalsest hüvitisest.

Seevastu Inglismaal ja Hispaanias on kohtutel märksa suurem diskretsioon kahju suuruse kindlaksmääramisel. According to the art 214 of English Insolvency Act 1986 (**IA 1986**) in a case of wrongful trading the court may declare that the director is to be liable to make such contribution (if any) to the company's assets as the court thinks proper. Vaatamata sätte avarale sõnastusele ei peeta seda siiski piiramatuks ega karistuslikuks vastutuseks. Kohtu diskretsiooni eesmärgiks on ületada lihtsamalt võimalikke probleeme kahju suuruse ja põhjusliku seose tuvastamisel ja vältida ebaõiglasi lahendeid.⁸¹ See võimaldab Inglise

⁷⁸ BGH 23.11.2005, [NJW 2006, 434](#), 436

⁷⁹ BGH 12.3.2007, [ZIP 2007, 1060](#); BGH 24.1.2012, ZIP 2012, 723. Mõlemad kohtuotsused puudutavad uusvõlausaldaja nõuet pankrotiavalduse esitamise kohustust rikkunud juhatuse liikme vastu.

⁸⁰ Felix Steffek, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft (Mohr Siebeck 2011) 538–539

⁸¹ Roy Goode, Principles of Corporate Insolvency Law (4th edn, 1st edn published 1990, Sweet&Maxwell 2011) 680-681

kohtul erinevalt Eestist ja Saksamaast kahju suuruse määratlemisel vabamalt arvesse võtta muid asjaolusid, nagu nt raamatupidamise ebarahuldav korraldamine.⁸²

Vaatamata Inglise kohtute suuremale diskretsioonile on juhatuse liikme kahjunõuete kaasused ka Inglise õiguses üsna harvad. Lisaks menetluse finantseerimisega seotud raskustele, mis on ilmselt probleemiks kõigis võrdlusriikides, on Inglise õiguses keeruline juhatuse liikme vastutuse alguspunkti määratlemine.⁸³ Erinevalt Eesti ja Saksa õigusest ei ole Inglise direktoril otseselt pankrotiavalduse esitamise kohustust, vaid vastavalt art 214 of IA 1986 võib kohus nõuda juhatuse liikmelt kompensatsiooni, if damage has been caused some time before the commencement of winding up of the company, when the director knew or ought to have concluded that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation. See on suuresti seotud menetluslike tagajärgede ettenägemisega juhatuse liikme poolt (the director has to be known that there was no reasonable prospect to avoid the insolvent liquidation) ning kohtud on praktikas tuvastanud the 'moment of truth' saabumise tükk aega peale ühingu püsiva maksejõuetuse saabumist.⁸⁴ Seetõttu võrreldavas situatsioonis võib Inglise ühingu director sattuda vastutuse tsooni hiljem, kui Saksa (või Eesti) ühingu director ning seetõttu ka tõenäosus Inglise direktorile osutada isiklikult vastutavaks on madalam.⁸⁵

Võrdlusriikidest näib Hispaanias olevat kõige lihtsam esitada pankrotiavalduse esitamise kohustust rikkunud juhatuse liikme vastu kahjunõue. Sarnaselt Eesti ja Saksa õigusega on Hispaania juhatuse liikmel vastavalt art 5 of Spanish Bankruptcy Act (LC)⁸⁶ kohustus

⁸² Re Purpoint Ltd [1991] BCLC 491

⁸³ Ian F. Fletcher, *The Law of Insolvency* (3rd edn, Sweet&Maxwell 2002) 711-712

⁸⁴ Felix Steffek, *Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft* (Mohr Siebeck 2011) 354 et seq, 551

⁸⁵ Thomas Bachner, *Wrongful Trading Before the English High Court* in *European Business Organisation Law Review* (issue 5, 2004) 199; Felix Steffek, *Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft* (Mohr Siebeck 2011) 461 et seq

⁸⁶ Spanish Bankruptcy Act (Ley Concursal, Official State Bulletin [Boletín Oficial del Estado], [BOE-A-2003-13813](#)).

esitada pankrotiavalldus maksejõuetuks muutunud ühingu pankroti väljakuulutamiseks.⁸⁷ Eeldatakse, et pankrotiavallduse kohustuse rikkumine on aluseks süüalisele pankrotile (Hispaania k *concurso culpable*). Süülise pankroti korral võib kohus art 172bis(1) of LC alusel nõuda oma kohustust rikkunud juhatuse liikmelt pankrotivara defitsiidi osalist või täielikku hüvitamist, vastavalt sellele, kui palju vastav rikkumine süvendas ühingu maksejõuetust. Sätte avara sõnastuse eesmärgiks on anda kohtutele vaba diskretsioon olukordadeks, kui kahju määratlemine on keeruline.⁸⁸ Kuivõrd aruandluskohustuse rikkumine võib olla samuti üheks süüalise pankroti aluseks, võib kohus hüvitise kindlaksmääramisel mh võtta arvesse ka ebarahuldavat raamatupidamise korraldamist.⁸⁹

Lähtudes eeltoodust on autor seisukohal, et peamiseks probleemiks kvoodikahju nõuete maksmapanekul on hageja kõrge tõendamiskoormis. Hageja peab kvoodikahju vaidlustes esitama tõendid asjaolude kohta, mis on täielikult juhatuse liikme (s.o kostja) mõjusfääris ja millega juhatuse liikmel on väga lihtne enda huvides manipuleerida.

Autori arvates tuleks Eestis kaaluda võlausaldaja tõendamiskoormise kergendamist, pakkudes selleks välja kaks alternatiivset võimalust:

- **Kohtute diskretsiooni suurendamine.** Sarnaselt Inglise ja Hispaania õigusega võiks kaaluda ka Eestis kohtutele suurema diskretsiooni andmist kvoodikahju määratlemisel. Nii Inglise kui Hispaania allikates on viidatud võimalusele võtta kohtu poolt arvesse juhatuse poolse aruandluskohustuse rikkumist. Ka Eesti kohtud võiks võtta aruandluskohustuse rikkumist arvesse asjaoluna, mis võimaldaks kohtul lähtudes oma siseveendumusest määrata kahjuhüvitis omal äranägemisel. Lisaks

⁸⁷ Erinevalt Saksa ja Eesti vastavalt 21 ja 20 päevasest tähtajast, on Hispaania direktoril aega pankrotiavallduse esitamiseks 2 kuud.

⁸⁸ Fernando Marín de la Bárcena, La Acción Individual de Responsabilidad Frente los Administradores de Sociedades de Capital (art 135 LSA) (Marcial Pons 2005) 375 et seq

⁸⁹ Art 164(2) of LC.

aruandluskohustuse rikkumisele võib hageja tõenduslikku positsiooni samamoodi kahjustada pankrotimenetluses kaasaaitamiskohustuse rikkumine (PaS § 85 - 87).

Kohtute diskretsiooni suurendamiseks võib kaaluda TsMS § 233 lg 1 täiendamist alljärgnevalt (kehtivale redaktsioonile lisanduv tekst alla joonitud):

Kui menetluses on tuvastatud kahju tekitamine, kuid kahju täpset suurust ei õnnestu kindlaks teha või selle kindlakstegemine on raskendatud rikkuja poolt seaduses sätestatud info esitamise, aruandluskohustuse või muu kaasaaitamiskohustuse rikkumise tõttu või see oleks seotud eriliste raskustega või ebamõistlikult suurte kuludega, muu hulgas kui tegemist on mittevaralise kahjuga, otsustab kohus kahju suuruse oma siseveendumuse kohaselt kõiki asjaolusid arvestades.

Autor rõhutab, et ainuüksi aruandluskohustuse rikkumine ei saa olla automaatseks aluseks juhatuse liikme deliktilisele vastutusele. Oluline on silmas pidada ka TsMS § 233 lg 1 kehtiva redaktsiooni lõpus välja toodud tingimusi – kohtu siseveendumus ja kõikide asjaolude arvestamine. Kui kohtud rahuldaks kvoodikahju nõude üksnes seetõttu, et juhatuse liige on juhtumisi mingeid raamatupidamise nõudeid rikkunud, võib see muuta juhatuse liikme vastutuse sanktsiooniliseks, kus väljamõistetav kahju ei pruugi olla juhatuse liikme rikkumisega üldse seotud. Seetõttu lisaks aruandluskohustuse rikkumisele peab kohtul olema asjas kogutud tõendite ja muude asjaolude pinnalt kogumis tekkinud siseveendumus, et pankrotiavalduse esitamise kohustuse rikkumisega on suure tõenäosusega kahju tekitatud, kuid selle tõendamine on keeruline, sest juhatuse liige on teisalt rikkunud aruandluskohustust.

- **Tõendamiskoormise ümberpööramine.** Kehtiva õiguse kohaselt peab hageja tõendama neid asjaolusid, millel põhineb tema nõue.⁹⁰ Seega peab kannatanu tõendama objektiivse teokoosseisu ja rikkumise õigusvastasuse. Kahju tekitaja peab VÕS § 1050 lg 1 kohaselt tõendama vaid oma süü puudumist. Kvoodikahju nõuete puhul võiks aga kaaluda eeltoodud tõendamiskoormise ümberpööramist TsMS § 8 lg 2 ja §§-de 283, 284 analoogia alusel selliselt, et kui on tõenäoline,⁹¹ et kostja on rikkunud pankrotiavalduse esitamise kohustust ning sellega võis kaasneda võlausaldajatele kahju, kuid nende asjaolude tõendamine on kostja enda aruandluskohustuse rikkumise tõttu oluliselt raskendatud, eeldatakse kostja poolt nii pankrotiavalduse esitamise kohustuse rikkumist, kui selle rikkumisega kahju tekitamist pankrotivara defitsiidi ulatuses. Kostja omakorda võib tõendada, et pankrotiavalduse esitamise kohustust pole rikutud või et selle rikkumisega pole kahju tekitatud.

Mõlemal juhul, nii kohtute diskretsiooni suurendamisel kui tõendamiskoormise ümberpööramisel seondub juhatuse liikme võimalik deliktiline vastutus tema poolt aruandluskohustuse rikkumisega. See on juhatuse liikme enda mõjusfääris olev asjaolu, mida tal on lihtne mõjutada – juhatuse liige saab maandada oma vastutusega seotud riske, kui ta lihtsalt täidab aruandluskohustust korrektselt. Kui ka aruandluskohustust on rikutud, kuid juhatuse liige pole kahju tekitanud, on tal jätkuvalt võimalus tõendada, et kahju pole tekkinud (juhatuse liikmel on võimalik kahju puudumist tõendada ka kohtu suurema diskretsiooni korral).

⁹⁰ TsMS § 230 lg 1.

⁹¹ Kuigi tõenäosuse hindamine on õigusvaidluses alati teatud määral subjektiivne, võiks antud juhul rääkida tõenäosusest, mis on kohtu hinnangul üle 50%. Teisisõnu see, et juhatuse liige on kahju tekitanud, peaks olema tõenäolisem kui see, et juhatuse liige ei ole kahju tekitanud.

5.1.2. Uusvõlausaldajate usalduskahtluse hüvitamine

Probleemi kirjeldus

Riigikohus tunnistas ÄS § 180 lg 5¹ esmakordselt ühingu võlausaldajaid kaitsvaks kaitsenormiks oma 2003.a otsuses.⁹² Siiski puudus pikka aega Eesti kohtupraktikas põhjalikum analüüs ÄS § 180 lg 5¹ kaitse eesmärgist, s.t millise kahju tekkimise eest vastav norm peaks võlausaldajaid kaitsma. Nii on nt Riigikohus on 2009.a otsuses⁹³ märkinud, et *„kui ringkonnakohus tuvastab, et kostja on rikkunud kohustust esitada pankrotiavaldus, siis tuleb hinnata, kas on tõendatud, et selle rikkumise tagajärjel tekkis hagejale kahju.“* Küll jäi Riigikohtu juhustest selgusetuks, millisest kahjust jutt käib. Alama astme kohtute praktika on seetõttu olnud heitlik. Nt mõistis Tallinna Ringkonnakohus 01.02.2008.a otsuses⁹⁴ juhatuse liikmelt pankrotiavalduse esitamisega viivitamise tõttu välja kogu võlausaldaja nõude ühingu vastu. Tegemist oli sisuliselt sanktsioonilise hüvitisega, sest kohus ei tuvastanud seejuures ei maksejõuetuse hetke, kahju täpset suurust ega ka põhjuslikku seost.

Võlgnikühingu puhul on põhjust eristada tegevust enne ja peale püsiva maksejõuetuse tekkimist. Enne maksejõuetuse tekkimist tegutseb ühing tavapärase majanduskeskkonnas,⁹⁵ võttes endale kohustusi ja saades vastutasuks õigusi. Tehingu teine pool kannab sellega kaasnevalt tavapärasest äririski, et tema äripartner võib potentsiaalselt tulevikus pankrotistuda. Enamikul juhtudel võib aga eeldada, et äripartner lähemas perspektiivis siiski ei muutu maksejõuetuks. Kui võlgnik on aga juba muutunud püsivalt maksejõuetuks, muutub olukord kardinaalselt, sest võlgnikuga võlasuhtesse astuv

⁹² N 64.

⁹³ Riigikohtu 17.12.2009.a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-150-09.

⁹⁴ Tallinna Ringkonnakohtu 01.02.2008.a otsus tsiviilasjas nr 2-04-1744.

⁹⁵ Eraldi küsimuse võib tõstatada nn twilight zone tähendusest, kui ühing on sattunud selgelt ohutsooni. Selle kohta vt lähemalt järgmine alapunkt.

äripartneril on algusest peale märkimisväärne oht, et tema nõuded võlgniku vastu jäävad rahuldamata.

Seetõttu on õigustatud küsimus, kas poleks põhjust neid võlausaldajaid, kellega sõlmitakse võlasuhe peale võlgniku maksejõuetuse ilmnemist, kohelda erinevalt võrreldes nende võlausaldajatega, kellega on võlasuhe tekkinud enne võlgniku maksejõuetuse ilmnemist? Eeltoodud küsimusele tuleb vastust otsida ÄS § 180 lg 5¹ kaitse eesmärgist – kas selle sätte eesmärgiks on ainult kaitsta võlausaldajaid võlgniku varamassi vähenemise eest või lisaks peaks sätte hoidma ära ka uute võlasuhete tekkimise?

Kaitsmisele kuuluv väide

Eesti kohtud peaks lähtudes ÄS § 180 lg 5¹ kahest erinevast kaitse eesmärgist selgelt eristama vana- ja uusvõlausaldajaid. Erinevalt vanavõlausaldajate kvoodikahjust tuleks uusvõlausaldajate puhul mõista oma kohustusi rikkunud juhatuse liikmelt välja uusvõlausaldaja usalduskahju.

Põhjendus

Nagu ülal märgitud, on ÄS § 180 lg 5¹ eesmärgiks kaitsta võlausaldajate huve.⁹⁶ Võlausaldajate huvide kaitse seisneb selles, et kui juhatuse liige esitab õigeaegselt pankrotiavalduse, siis läheb kontroll võlgniku majandustegevuse üle pankrotihaldurile, kes vastavalt PaS § 55 lg-le 1 on kohustatud kaitsma kõigi võlausaldajate, samuti võlgniku õigusi ja huve ning tagama seadusliku, kiire ja majanduslikult otstarbeka pankrotimenetluse. Vastavalt PaS § 1 lg-le 3 on äriühing maksejõuetu, kui tema vara ei

⁹⁶ N 64.

kata kohustusi ja selline seisund ei ole võlgniku majanduslikust olukorrast tulenevalt ajutine.⁹⁷ Seega teoreetiliselt, kui ühingu kohustused ületavad 1 euro võrra tema vara, peaks juhatuse liige juba esitama pankrotiavalduse.⁹⁸ Sellises olukorras saaks võlausaldajad oma nõuetele peaaegu täies ulatuses rahuldust. Ülalviidatud statistika⁹⁹ siiski tõestab vastupidist, et enamik pankrotimenetlusi lõpeb raugemisega, s.t võlausaldajate nõuete rahuldamise ulatus on null. See võimaldab väita, et suur osa juhatuse liikmetest ei esita pankrotiavaldust õigeaegselt, vaid jätkavad ühingu tegevust kuni selle varatuks muutumiseni. Seega on ÄS § 180 lg 5¹ eesmärgiks kaitsta võlausaldajaid võlgniku varamassi vähenemise eest. Vastava kohustuse rikkumise korral on aga võlausaldajad õigustatud nõudma kvoodikahju hüvitamist ulatuses, mille võrra ühingu varamass vähenes juhatuse liikme rikkumise tõttu.

Käesoleva alapunkti raames on oluline küsimus, kas ÄS § 180 lg-1 5¹ võib olla lisaks võlgniku varamassi säilitamisele teinegi kaitse eesmärk – hoida ära maksejõuetu võlgnikuga uute võlasuhete tekkimine? PaS § 35 lg 1 p-de 2 ja 4 kohaselt läheb pankroti väljakuulutamisega haldurile üle võlgniku vara valitsemise õigus ning ühing kaotab õiguse teha mis tahes tehinguid.¹⁰⁰ Kuigi ühingu pankrot iseenesest ei välista halduri poolt uute lepingute sõlmimist, on sellised uued võlausaldajad võrreldes teistega eelisseisundis.¹⁰¹ Kui aga juhatuse liige jätkab maksejõuetu võlgniku majandustegevust, satuvad uued võlausaldajad keerulisse olukorda, kus juba lepingu sõlmimisel on selge, et nende nõuete rahuldamine on vähese perspektiiviga, kusjuures hilisemas pankrotimenetluses koheldakse

⁹⁷ Vastavalt PaS § 1 lg-le 2 võib maksejõuetus olla ka rahavooline, s.t kui võlgnik ei suuda rahuldada võlausaldaja nõudeid ja see suutmatus ei ole ajutise iseloomuga. Ühing loetakse püsivalt maksejõuetuks, kui on saanud üks kahest, kas bilansiline (PaS § 1 lg 3) või rahavooline (PaS § 1 lg 2) maksejõuetus.

⁹⁸ Eeldusel, et selline kapitali negatiivseks muutumine pole ajutise iseloomuga.

⁹⁹ N 67.

¹⁰⁰ Vastavalt PaS §-le 18 võib kohus juba ajutise halduri määramisel rakendada pankrotiavalduse tagamise abinõusid ja keelata juhatuse liikmel tehingute tegemise ilma halduri nõusolekuta.

¹⁰¹ Tegemist on vastavalt PaS §-le 148 massikohustusega, mis täidetakse PaS § 146 kohaselt eelisjärjekorras.

neid teiste võlausaldajatega võrdselt. Seetõttu on põhjust väita, et ÄS § 180 lg 5¹ eesmärgiks on läbi võlgnikühingu pankroti hoida ära ka tulevaste võlasuhete tekkimine.

Erinevalt vanavõlausaldajate kvoodikahjust tuleks uusvõlausaldajate puhul rääkida kahjust, mis tekkis nende usalduse kuritarvitamise tõttu. Nii kvoodikahju kui ka usalduskahju hüvitamine põhineb põhjusliku seose olemasolu kontrollimisel, kuid oluline vahe on selles, mille suhtes põhjuslikku seost kontrollitakse. Vanavõlausaldajate puhul kontrollitakse põhjusliku seose tasandil, kas pankrotiavalduse esitamisega viivitamise tulemusel on pankrotivara maht vähenenud. Uusvõlausaldajate puhul aga pole varamassi hulk sedavõrd oluline ning põhjusliku seose tasandil kontrollitakse, kas leping oleks üleüldse sõlmitud, kui juhatuse liige oleks oma kohustusi nõuetekohaselt täitnud. Selline vahetegu on omakorda tingitud erinevatest hinnangutest normi kaitse eesmärgile – vanavõlausaldajate puhul on kaitsenormi eesmärgiks varamassi vähenemise ärahoidmine ja seeläbi juba olemasolevate võlausaldajate kaitsmine; uusvõlausaldajate puhul seevastu on normi kaitse eesmärgiks maksejõuetu ühinguga uute lepinguliste suhete sõlmimise ärahoidmine. Kui aga kohtupraktikas puudub selge õigusdogmaatiline vahetegu uus- ja vanavõlausaldajatel, siis on ilmselt raskendatud ka normi kaitse eesmärgi korrektne sisustamine, mis omakorda võib viia eksimusteni põhjusliku seose rakendamisel.

Riigikohus tegi 25.02.2013.a lahendi, milles esmakordselt eristas selgelt ÄS § 180 lg 5¹ kaheksugust kaitse eesmärki.¹⁰² Riigikohus on märkinud viidatud lahendis järgmist: „ÄS § 180 lg 51 kaitseb osaühingu võlausaldajaid kahte liiki kahju eest. Esiteks peab pankrotiavalduse õigeaegne esitamine tagama osaühingu vara võimalikult suures ulatuses säilimise ning seeläbi võlausaldajate nõuete võimalikult suures ulatuses rahuldamise. Teiseks peab pankrotiavalduse õigeaegne esitamine tagama seda, et sisuliselt maksejõuetu

¹⁰² Riigikohtu 25.02.2013.a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-188-12.

äriühing ei osaleks edasi majandustegevuses, mille käigus tekkivaid kohustusi ta täita ei suuda.“

Arvestades Eesti alama astmete kohtute praktika senist heitlikkust, oleks Riigikohus võinud antud küsimust siiski põhjalikumalt selgitada. Viidatud Riigikohtu lahendi põhjal võib jääda ikkagi selgusetuks, milline võlausaldaja millise kahju hüvitamist võib nõuda. Näiteks ei selgu Riigikohtu lahendi põhjal, millist kahju saab võlausaldaja nõuda, kui tehing on sõlmitud enne maksejõuetust, kuid võlg on tekkinud peale maksejõuetuse ilmnemist, või kui ka võlg on tekkinud enne maksejõuetuse ilmnemist, kuid see on peale maksejõuetuse tekkimist refinantseeritud? Selgusetu on, kas usalduskahjuna võib nõuda vaid lepingutest või ka lepinguvälistest võlasuhetest tulenevate nõuete hüvitamist? Riigikohtu lahendist ei leia ka vastust sellele, mis saab siis, kui uusvõlausaldaja teadis lepingu sõlmimisel võlgniku maksejõuetusest?

Saksamaal on tunnustamist leidnud, et pankrotiavalduse esitamise kohustusel on kaks kaitse eesmärki: esiteks peab see tagama ühingu varamassi vähenemise ärahoidmise ning kaitsma nende võlausaldajate nõuete rahuldamise ulatuse vähenemist, kelle nõuded olid olemas enne maksejõuetuse tekkimist (nn vanavõlausaldajate kaitse);¹⁰³ teiseks peab pankrotiavalduse õigeaegne esitamine hoidma ära maksejõuetu ühingu osalemise majandustegevuses ning seeläbi ära hoidma uute võlasuhete tekkimise (nn uusvõlausaldajate kaitse).¹⁰⁴ Erinevalt vanavõlausaldajatest ei ole uusvõlausaldajate puhul kvoodikahju vaja välja selgitada, sest kaitsmisele kuulub hoopis uusvõlausaldaja

¹⁰³ Daniel Möritz, Haftung des Managements und Drittschutz (Nomos 2011) 121 et seq

¹⁰⁴ Michael Hoffmann-Becking, Achim Herfs et al, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Aktiengesellschaft (vol 4, 2nd edn, C.H.Beck 1999) 290

usalduskahju – kahju, mis tekkis seetõttu, et uusvõlausaldaja tegi maksejõuetu ühingu tehingu (hüvitamisele kuulub kogu uusvõlausaldaja negatiivne kahju).¹⁰⁵

Saksa kohtupraktikas on uusvõlausaldajate usalduskahju nõuded piiratud vaid lepingulistest suhetest tulenevate nõuetega nagu nt laenu andmine või ettemaksu tegemine, sest kaitsenormi eesmärgiks on takistada uute lepingute sõlmimist.¹⁰⁶ Kui aga uusvõlausaldajal on lepingust tulenev nõue ühingu vastu, on selle maksmapanek juhatuse liikme vastu usalduskahjuna märksa lihtsam kui kvoodikahjuna, sest puudub vajadus kvoodikahju kujunemise tõendamiseks ning hüvitamisele kuulub kogu negatiivne kahju, ehk otsene kahju, mis tekkis võlausaldajale lepingu sõlmimise tõttu.¹⁰⁷ Erinevalt vanavõlausaldajate kvoodikahjust, saavad uusvõlausaldajad oma usalduskahju nõuded otse (s.t ilma halduri vahendusega) maksmat panna.¹⁰⁸ Kuivõrd uusvõlausaldaja nõude maksmapanek on tõenduslikult lihtsam ning uusvõlausaldaja võib saada oma nõudele suuremas ulatuses rahuldust kui vanavõlausaldaja, domineerivad Saksa kohtupraktikas just uusvõlausaldaja usalduskahju kaasused.¹⁰⁹

Erinevalt Saksa õigusest on Inglise õiguses eelistatud aga võlausaldajate võrdset kohtlemist ning uus- ja vanavõlausaldajatel ei tehta selget vahet. Kuigi kohus võib põhimõtteliselt uusvõlausaldajate huvide kuritarvitamist kompensatsiooni summa määramisel arvesse võtta, ei kajastu see vastavale uusvõlausaldajale väljamakstavas jaotises, sest IA 1986, s

¹⁰⁵ Wilhelm Uhlenbruck, Heribert Hirte, Insolvenzordnung, Kommentar (13th edn, Verlag Franz Vahlen 2010) 312

¹⁰⁶ BGH 8.3.1999, ZIP 1999 p 967

¹⁰⁷ Nt võib negatiivse kahjuna hüvitamisele kuuluda müüdud kauba objektiivne väärtus, kuid mitte saamata jäänud tulu müüja hinnalisandi näol. Ingo Drescher, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers (7th edn, Köln, RWS Verlag Kommunikationsforum 2013) 244–245

¹⁰⁸ Felix Steffek, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft (Mohr Siebeck 2011) 445–446

¹⁰⁹ Ibid 468

214 eesmärgiks on Inglise kohtute arvates hüvitada kahju võlausaldajatele tervikuna ning uute võlausaldajate nõuded ei tohiks olla eelistatud vanade võlausaldajate nõuetele.¹¹⁰

Hispaania õiguskirjanduses on esitatud uusvõlausaldajate positsiooni suhtes vastakaid arvamusi. Vastavalt art 172bis(3) of LC laekuvad juhatuse liikmelt välja mõistetavad summad pankrotipessa ning uus- ja vanavõlausaldajate eristamine ei ole väljamaksete tegemisel võimalik. Uus- ja vanavõlausaldajaid on kirjanduses siiski eristatud¹¹¹ ja uusvõlausaldaja usalduskahju nõude esitamist on peetud põhimõtteliselt võimalikuks paralleelselt pankrotimenetlusega art 241 of Spanish Companies Act (TRLSC) alusel.¹¹²

Eeltoodu põhjal on autor seisukohal, et vanavõlausaldaja on selline võlausaldaja, kelle võlasuhe võlgnikuga on tekkinud enne võlgniku püsiva maksejõuetuse tekkimist, nõude sissenõutavaks muutumise hetkest sõltumata. Vanavõlausaldaja kannab tavapäraselt võlgniku pankrotistumise äririski ning tema puhul usalduskahju hüvitamine ei ole põhjendatud. Isegi kui nõue muutub sissenõutavaks alles peale maksejõuetuse tekkimist, ei muuda see vanavõlausaldaja positsiooni võlgniku suhtes, sest võlasuhte tekkimisel eelduslikult ei osatud võlgniku maksejõuetuks muutumist ette näha, mistõttu pole põhjust väita, et võlgniku juhatuse liige oleks rikkunud vanavõlausaldaja usaldust. Sama peaks autori arvates kehtima ka korduvate kohustuste ja ositi täidetava kohustuse puhul (nt igakuiste üüri- või laenumaksete puhul), kui kohustuse aluseks olev võlasuhe on tekkinud enne võlgniku maksejõuetuse tekkimist. Maksejõuetuse tekkimise hindamisel on seejuures määrav maksejõuetuse faktilise tekkimise hetk. ÄS § 180 lg-s 5¹ sätestatud 20-päevane tähtaeg ei tohiks autori arvates omada siinkohal tähtsust, sest selle eesmärgiks ei ole

¹¹⁰ Re Purpoint Ltd [1991] BCLC 491

¹¹¹ Guillermo Guerra Martín, Alberto Alonso Ureba et al, La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital (1st edn, Wolters Kluwer España, La Ley 2011) 161

¹¹² Spanish Companies Act (Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, TRLSC, Official State Bulletin [Boletín Oficial del Estado], [BOE-A-2010-10544](#)). Art 241 of TRLSC on Hispaania õiguses alusnorm välissuhtel põhinevate otsenõuete esitamiseks juhatuse liikme vastu (hispaania k *acción individual*). Vt SAP CS 1534/2000, 2.10.2000; samuti Angel Rojo, Emilio Beltrán, Comentario de la Ley de Sociedades de Capital (vol 1, Thomson Reuters 2011) 1735

maksejõuetuks muutunud võlgniku majandustegevuse jätkamine, vaid võlgniku saneerimisvõimaluste hindamine ja pankrotiavalduse esitamise ettevalmistamine.¹¹³

Uusvõlausaldaja positsioon ei ole seevastu seotud tavapärase äririski kandmisega, vaid tema puhul saab algusest peale rääkida usalduse kuritarvitamisest. Ühingu maksejõuetuse ilmnemisel on juhatuse liikmel kohustus esitada kohtule pankrotiavaldus, mis on aluseks maksejõuetu ühingu majanduskäibest kõrvaldamisele ja uute võlasuhete sõlmimise ärahoidmisele. Oluline on siinkohal ka võlasuhte majanduslik sisu – kui võlasuhe sõlmitakse formaalselt küll peale maksejõuetuse tekkimist, kuid sisuliselt on võlg tekkinud enne maksejõuetust (võla novatsioon), siis pole põhjust rääkida selle võlausaldaja usalduse kahjustamisest. Autor toetab Saksa kohtupraktikas avaldatud seisukohta, et usalduskahju hüvitamist saab nõuda selline võlausaldaja, kelle nõue on tekkinud lepingulisest suhtest. Autor leiab, et usalduskahju hüvitamist peaks lisaks saama nõuda ka võlausaldaja, kelle nõue tuleneb tühistatud või tühise lepingu tagasitaitmisest. Seevastu nt delikti puhul ei ole aga põhjust rääkida usaldusest, mida juhatuse liige oleks rikkunud. Samal põhjusel ei toeta autor selliste uusvõlausaldajate usalduskahju hüvitamist, kes olid ühingu maksejõuetusest lepingu sõlmimisel teadlikud, sest nende usaldust pole tegelikult rikutud.¹¹⁴ Kui võlausaldaja ei saa oma nõuet usalduskahjuna maksma panna, saab ta selle esitada kvoodikahju nõudena.

Uusvõlausaldajate selge eristamine ja nende usalduskahju nõuete tunnustamine aitab paremini kaitsta uusvõlausaldajate huve, sest nende nõuete esitamine juhatuse liikme vastu

¹¹³ ÄS § 180 lg 5¹ kohaselt tuleb pankrotiavaldus esitada viivitamatult peale maksjõuetuse ilmnemist. Samas paragrahvis sätestatud 20-päevane tähtaeg ei tähenda, et sõltumata asjaoludest võiks juhatuse liige pankrotiavalduse esitamisega alati 20 päeva viivitada ja jätkata tavapärase majandustegevusega. Nimetatud tähtaja eesmärgiks on sõltuvalt asjaoludest anda juhatusele võimalus ühingu maksevõime täiendavaks kontrollimiseks, saneerimisvõimaluste hindamiseks (s.h. võlausaldajate, investorite ja aktsionäridega läbirääkimiste pidamiseks) ja pankrotiavalduse esitamise ettevalmistamiseks. Pankrotiavalduse esitamise tähtaja eesmärgi kohta vt: Ingo Drescher, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers (7th edn, Köln, RWS Verlag Kommunikationsforum 2013) 233

¹¹⁴ Kui nt võlausaldaja annab maksejõuetule ühingule saneerimislaenu, on ühingu hilisema pankroti risk tema laenulepingusse juba algusest peale `sisse kirjutatud` (eeldusel, et juhatuse liige on võlausaldajat eelnevalt ühingu maksevõimest adekvaatselt informeerinud).

on märksa lihtsam võrreldes vanavõlausaldaja kvoodikahju nõuete esitamisega (puudub vajadus tõendada kvoodikahju). Uus- ja vanavõlausaldajate eristamine ei tähenda autori arvates ühtede võlausaldajate eelistamist teistele, sest ühing ise vastutab kõigi võlausaldajate ees jätkuvalt ühtemoodi. Antud juhul on küsimus aga juhatuse liikme deliktilises vastutuses ning tema puhul on põhjendatud eraldi hinnata, millist kaitse eesmärki ta on pankrotiavalduse esitamise kohustuse täitmata jätmisega rikkunud. Autor leiab et juhatuse liikme rangem vastutus antud küsimuses ei pärsi tema ettevõtlusvaimu, sest pankrotiavalduse esitamine on selgelt juhatuse liikme enda mõjusfääris ning selle kohustuse rikkumine ei saa olla juhatuse liikmele ootamatu. Pealegi autor ei usu, et maksejõuetute ühingute majandustegevuse jätkamise julgustamine omaks ettevõtluse ja majanduse arengu seisukohast positiivset efekti.

6. Kokkuvõte

Autor on käesolevas väitekirjas leidnud, et pankrotiavalduse esitamise kohustuse rikkumisel on põhjendatud Eesti õigust selliselt edasi arendada, et kvoodikahju nõuete maksmapanek muutuks vanavõlausaldajate jaoks lihtsamaks. Kehtiva õiguse ja kohtupraktika kohaselt on vanavõlausaldajate kahjunõuete maksmapanek liiga keeruline, mida tõendab mh vastava kohtupraktika vähesus. Seetõttu on vanavõlausaldajate huvid ühingu pankroti korral vähesel määral kaitstud ning juhatuse liikmel võib tekkida kiusatus oma positsiooni kuritarvitada, sest tõenäosus isiklikult vastutada on väga madal. Eriti raske on vastavaid nõudeid esitada juhul, kui ühingu raamatupidamist on korraldatud ebarahuldavalt. Seetõttu teeb autor ettepaneku suurendada kohtute diskretsiooni kvoodikahju väljamõistmisel, kui juhatuse liige on rikkunud oma aruandluskohustust. Alternatiivselt teeb autor ettepaneku pöörata tõendamiskoormis aruandluskohustust rikkunud juhatuse liikme kahjuks ümber. Kuivõrd aruandluse korrektne pidamine on juhatuse liikme enda mõjusfääris, saab juhatuse liige oma vastutust ise reguleerida läbi

selle, et hoiab ühingu raamatupidamise korras. Seega jääks autori ettepanekute elluviimisel juhatuse liikme vastutus mõistlikesse piiridesse, kuid samal ajal paraneks võlausaldajate kaitse.

Lisaks on autor seisukohal, et Eestis tuleks pankrotiavalduse esitamise kohustust rikkunud juhatuse liikme vastutuse seisukohast selgelt eristada vana- ja uusvõlausaldajaid. ÄS § 180 lg-1 5¹ on kaks kaitse eesmärki: esiteks hoida ära maksejõuetu äriühingu varamassi edasine vähenemine (vanavõlausaldajate kaitse) ja teiseks hoida ära maksejõuetu ühingu uute lepinguliste suhete sõlmimine (uusvõlausaldajate kaitse). Vana- ja uusvõlausaldajate ning ÄS § 180 lg 5¹ kaitse eesmärkide eristamine on oluline, sest see võimaldab uusvõlausaldajatel oma usalduskahju nõudeid võrreldes vanavõlausaldaja kvoodikahju nõuetega märksa lihtsamini kohtulikult maksma panna (puudub vajadus saamata jäänud kvoodi tõendamiseks). Seda kinnitab ka Saksa kohtupraktika, et usalduskahju nõuete maksmapanek on praktikas kvoodikahju nõuetest märksa levinum. Uusvõlausaldaja usalduskahju nõude tunnustamine kaitseb suuremal määral võlausaldajate huve, sest kahjunõuete edukas maksmapanek juhatuse liikme vastu muutub tõenäolisemaks (vähemalt usalduskahju osas). Samal ajal ei muuda uusvõlausaldajate usalduskahju nõuete tunnustamine juhatuse liikme vastutust ebamõistlikult rangeks. Vastutuse aluseks olev pankrotiavalduse esitamise kohustuse rikkumine on selgelt juhatuse liikme enda mõjusfääris. Samuti on maksejõuetu ühingu nimel uute lepingute sõlmimine juhatuse liikme otsustada. Juhatuse liikmel on väga lihtne hoiduda uusvõlausaldajatele kahju tekitamisest ja seega vabaneda vastutusest, kui ta esitab õigeaegselt maksejõuetuks muutunud ühingu suhtes pankrotiavalduse või vähemalt hoidub maksejõuetu ühingu nimel uute lepingute sõlmimisest.

Autor järeldab, et kehtiva regulatsiooni kohaselt puudub juhatuse liikmel otsene vastutus võlausaldajate huvide kahjustamise eest, kui ta jääb ühingu alakapitaliseerituse olukorras

tegevusetuks. Autori arvates on ühingu alakapitaliseeritus selge ohumärk, millesse ei tohiks suhtuda kergekäeliselt. Kui ühingu alakapitaliseeritus suudetakse ületada, ei teki sellest ka mingeid negatiivseid tagajärgi. Kui aga alakapitaliseeritus süveneb püsivaks maksejõuetuseks, peaks seadus võimaldama autori arvates võlausaldajate huvide paremat kaitset. Autori ettepanek täiendava kaitsenormi kehtestamiseks asetaks juhatuse liikmele kohustuse lõpetada alakapitaliseeritud ühingu tegevus, kui ühingu osanikud ei ole valmis võtma täiendavaid riske ühingule lisakapitali andmise vm abinõude rakendamise näol. Autori arvates ei muudaks pakutud lahendus juhatuse liikme vastutust ebamõistlikult rangeks, sest ühingu lõpetamisavalduse esitamine või esitamata jätmine on juhatuse liikme enda mõjusfääris, mida ta saab ise mõjutada. Lõpetamisavalduse esitamisele eelneks küllalt pikk periood, mille vältel on juhatuse liikmel piisavalt aega ühingu saneerimisvõimaluste kaalumiseks, osanike/aktsionäridega, samuti võlausaldajatega läbirääkimiste pidamiseks ning asjakohaste abinõude rakendamiseks. Selle aja jooksul on juhatuse liikmel võimalik vastu võtta kaalutletud otsus ühingu lõpetamisavalduse esitamiseks või ühingu tegevuse jätkamiseks, kui ta on veendunud, et alakapitaliseeritus on ajutine ega kujuta ühingu maksevõimele mingit ohtu.

Käesolevas töös kaitsstavate väidete viimases plokis on käsitletud juhatuse liikme vastutust valeinfo esitamise korral. Autor on jõudnud järeldusele, et mitte igasugune valeinfo avaldamine ei saa olla juhatuse liikme vastutuse aluseks, samuti mitte igasuguse süü vormi korral. Valeinfo tahtlik esitamine võib olla aluseks juhatuse liikme deliktilisele vastutusele VÕS § 1045 lg 1 p 8, s.o tahtliku heade kommete vastase käitumise alusel. Vastava kahjunõude esitamiseks juhatuse liikme vastu peab kannatanu tõendama lisaks muudele delikti üldkoosseisu elementidele ka juhatuse liikme tahtluse. See asetab kannatanule kõrge tõendamiskoormise, kuid samas selline piirang võimaldab hoida juhatuse liikme vastutuse mõistlikes piirides, vältimaks nõuete laviini vallandumist igasugu hooletu info

kontrollimise-esitamise korral juhatuse liikme poolt. Keskseks küsimuseks on see, milline valeinfo avaldamine võib olla käsitletav heade kommete vastasena. Töös on jõutud järeldusele, et heade kommete vastane võib olla tahtlik valeinfo avaldamine (s.h info varjamine), kui sellel infol oli kannatanu jaoks määrav tähendus tehinguotsuse tegemisel. Autori arvates on võlausaldaja kaitse eelkirjeldatud juhul põhjendatud ning tuleb jaatada deliktilise kahjunõude esitamise võimalikkust juhatuse liikme vastu. Juhatuse liige saab omakorda oma vastutust reguleerida läbi selle, kui ta hoidub tahtlikust valetamisest.

Teatud juhtudel võib juhatuse liige vastutada valeinfo esitamise eest c.i.c alusel, kusjuures sel juhul piisab vastutuse tekkimiseks juhatuse liikme hooletusest. Juhatuse liikme vastutus saab c.i.c alusel tekkida siiski väga erandlikel asjaoludel, eelkõige kui tema ja tehingu teise poole vahel on tekkinud eriline usaldussuhe, mis väljub selgelt tavapärase käibes levinud usalduse raamest. Lisaks võib sõltuvalt asjaoludest juhatuse liige vastutada c.i.c alusel, kui ta on sõlminud tehingu küll ühingu nimel, kuid majanduslikus mõttes puudutab tehing vaid juhatuse liikme enda erahuvi ning tehingu teine pool on sellest teadlik. Kuigi juhatuse liikme c.i.c vastutus võib rakenduda ka pelgalt juhatuse liikme hooletuse korral, ei laienda see ebamõislikult juhatuse liikme vastutuse piire, sest need juhtumid, kui juhatuse liikme vastutus c.i.c alusel saab üldse rakenduda, on väga erandlikud. Kuigi juhatuse liikme c.i.c vastutus võib olla võlausaldajate kaitse seisukohast marginaalse tähendusega, on selle vastutuse tunnustamine autori arvates siiski oluline, sest võimaldab kaitsta võlausaldajaid erilise usalduse kuritarvitamise eest.

Väitekirjas esitatud hüpotees sai kinnitust, et Eestis on juhatuse liikme deliktiline vastutus võlausaldajatele tekitatud kahju eest liialt piiratud ning õiguse edasiarendamiseks on ruumi. Nii on autori arvates põhjust muuta juhatuse liikme vastutus rangemaks, kui ta rikub pankrotiavalduse esitamise kohustust. Eelkõige tuleks kaaluda kohtute diskretsiooni suurendamist või tõendamiskoormise ümberpööramist juhatuse liikme kahjuks, kui ta on

rikkunud aruandluskohustust, mis lihtsustaks vanavõlausaldaja kvoodikahju tõendamist. Lisaks tuleks selgelt tunnustada eraldi vana- ja uusvõlausaldajate õiguslikku positsiooni, mis võimaldaks uusvõlausaldajatel lihtsamini oma usalduskahju nõudeid juhatuse liikme vastu maksma panna. Veel võiks autori arvates kaaluda juhatuse liikme vastutuse alguspunkti nihutamist pankrotiavalduse esitamise kohustuse tekkimisest ajaliselt ettepoole, kui juhatuse liige jääb ühingu alakapitaliseerituse olukorras tegevusetuks. Kuigi Eesti kohtupraktikas on põhimõtteliselt tunnustatud juhatuse liikme deliktilise vastutuse võimalikkust valeinfo esitamise eest, on kohtupraktika selles küsimuses veel väga algusjärgus ja vajab kindlasti edasiarendamist.

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Heleri Loomann

(sünnikuupäev: 06.04.1983)

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose

Doktoriväitekirja „Äriühingu juhatuse liikme deliktiline vastutus äriühingu võlausaldajate ees“ tõlge ja tõlkeprobleemide analüüs,

mille juhendaja on lektor Piret Rääbus,

- 1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
- 1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.
2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.
3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tartus, Heleri Loomann „18.“ mail 2015